



MARIANA DANTAS TURINO DE MIRANDA

RA: 21010220

**EFICÁCIA DA TUTELA PREVENTIVA NO DIREITO AMBIENTAL:
Contornos da efetividade da tutela inibitória em face da reparatória na
prevenção do ilícito ambiental**

Brasília

2016

MARIANA DANTAS TURINO DE MIRANDA

RA:21010220

**EFICÁCIA DA TUTELA PREVENTIVA NO DIREITO AMBIENTAL:
Contornos da efetividade da tutela inibitória em face da reparaatória na
prevenção do ilícito ambiental**

Monografia apresentada como requisito
para graduação no curso de Direito no
Centro Universitário de Brasília –
UNICEUB.

Orientador: Prof. Dr. René Marc da Costa
Silva

Brasília

2016

EPÍGRAFE

“Um dos grandes enganos da inteligência humana é crer na unilateralidade do verdadeiro.”

Pontes de Miranda, A sabedoria da inteligência, II, 41.

“A mente que se abre a uma nova ideia jamais voltará ao seu tamanho original”.
Albert Einstein

RESUMO

Este estudo teve como objetivo identificar os mecanismos processuais vigentes aptos a inibir o ilícito ambiental, superando a dinâmica do processo civil clássico de imputação de responsabilidade que pressupõe a recomposição/reparação *a posteriori*, tendo em vista as especificidades da tutela coletiva e a problemática de mensuração do dano ambiental. Através da revisão bibliográfica, utilizada como método de pesquisa, foi possível concluir que na maioria das vezes as tutelas existentes para proteger o meio ambiente não são satisfatórias ou suficientes, por só tutelarem depois do dano ocorrido, logo, a ação inibitória se mostra eficiente. Ela visa a proteção ambiental anterior a ocorrência da degradação ao meio ambiente. Devido aos princípios da prevenção e precaução, essa ação inibitória ganha relevo por permitir o afastamento do dano, fazendo com que esse não ocorra. Esta ação inibitória tem base, em termos legais, no art. 225 da Constituição Federal, no art. 84 do Código do Consumidor e 461 do Código de Processo Civil de 1973 (art. 497 do NCPC/15), que permite que o juiz ordene fazer ou não fazer sob pena de multa. Percebe-se que a ação inibitória pode ser usada para impedir a prática (p. ex., construção de obra em local proibido) ou a continuação de um ilícito (p. ex., a poluição de um rio). Encontra-se também prevista no art. 11 da Lei de Ação Civil Pública, que pode ser aplicada em conjunto com o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que são diplomas legais que se complementam. Por fim, articulou-se a proeminência do neoconstitucionalismo, da democracia participativa e o papel dos movimentos sociais como agentes da instrumento processual em razão de sua atuação social e proximidade com o local em que se pretende inibir que seja instalado o dano

Palavras-Chaves: Meio Ambiente; Tutela Inibitória; Democracia Participativa.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 5 |
| CAPÍTULO I. PROTEÇÃO LEGAL DO MEIO AMBIENTE | 8 |
| 1.2. Princípios ambientais constitucionais justificadores da tutela preventiva | 14 |
| 1.3. Especificidades do objeto ambiental | 20 |
| 1.4. O dano ambiental e a responsabilidade civil decorrente | 25 |
| 1.4.1. Dano ambiental e suas classificações..... | 27 |
| 1.4.2. Identificação dos agentes causadores do dano ambiental..... | 28 |
| 1.4.3. Distinção entre ilícito e dano | 29 |
| 1.5. Espécies de tutela ambiental previstas no ordenamento brasileiro | 30 |
| CAPÍTULO II. TUTELA COLETIVA AMBIENTAL: MECANISMOS PROCESSUAIS E CONSTITUCIONAIS. | 33 |
| 2.1. Tutela Inibitória..... | 33 |
| 2.2. Instrumentos de tutela inibitória na Constituição Federal. | 43 |
| 2.2.1. Ação Civil Pública..... | 43 |
| 2.2.2. Ação Popular | 47 |
| 2.3. Mandado de segurança coletivo ambiental | 51 |
| CAPÍTULO III. NEOCONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: FUNDAMENTOS DE JUSTIFICAÇÃO DA TUTELA INIBITÓRIA | 55 |
| 3.1. Neoconstitucionalismo no Brasil..... | 56 |
| 3.2. Democracia Participativa..... | 60 |
| CONCLUSÃO..... | 66 |
| REFERÊNCIAS..... | 69 |

INTRODUÇÃO

Este estudo tem como objeto a pertinência da consolidação do instituto da tutela inibitória na seara ambiental. Diante da ausência de efetividade das políticas públicas relacionadas à proteção do meio ambiente, por meio da implementação das áreas de proteção ambiental pelo Poder Público, necessário a previsão legal de mecanismo apto a prevenir a ocorrência de dano ambiental e que independa da iniciativa do Estado.

Necessário frisar que a ineficiência da preservação com a implementação da tutela administrativa específica, seja pela morosidade quanto pela ausência de fiscalização, é circunstância apta a demonstrar a vulnerabilidade do meio ambiente e justificar a sedimentação do instituto inibitório.

Em 2004 foi realizada a Convenção sobre a Diversidade Biológica, na Malásia, ocasião em que restou deliberado a necessidade dos países signatários adotarem, até o ano de 2010, o Programa de Trabalho para as Áreas Protegidas, que consiste na implementação de um sistema objetivo de avaliação acerca da efetividade de gestão das áreas de proteção ambiental, por meio do denominado método Rappam (Rapid Assessment and Prioritization of Protected Area Management).

Por seu turno, foi encomendado pelo Governo Federal do Brasil e publicado em 2007 o estudo de “Efetividade de Gestão das Unidades de Conservação Federais do Brasil”¹, realizado em parceria do IBAMA e WWF-Brasil, apresentando os resultados do exame da gestão por área de manejo.

Foram considerados 246 unidades de conservação, o que representa 84,48% do total das unidades federais públicas à época. No tocante às pressões e ameaças ao ambiente, o estudo considerou 16 atividades potencialmente impactantes às unidades de conservação².

¹ O estudo na íntegra pode ser encontrado no endereço eletrônico:

<http://www.mma.gov.br/estruturas/pda/_arquivos/prj_mc_061_pub_liv_002_uc.pdf>. Acesso em: 06 de novembro de 2013.

² Extração de madeira, mineração, estabelecimento de pastagens, caça, pesca, coleta de produtos não-madeireiros, turismo e recreação, disposição de resíduos, ocorrência de processos seminaturais (processos naturais magnificados pela influência antrópica), construção de infra-estrutura, conversão

Da exposição dos resultados de todos grupos de manejo³, conclui-se que os fatores que determinam a vulnerabilidade foram semelhantes a todos, destacando-se o fácil acesso as áreas de proteção, o que propicia o desenvolvimento de atividades ilegais. Outro fator determinante é a dificuldade de contratação e manutenção de funcionários.

Por derradeiro, há deficiência no monitoramento das atividades ilegais em quatro dos cinco conjuntos de unidades de conservação avaliados e a baixa aplicação das leis aparecem em três deles. Recursos humanos, financeiros e questões relacionadas ao desenvolvimento de pesquisas, avaliação e monitoramento são críticos em todo o sistema.

O estudo ressaltou que (2007, pg. 76) “[...] não há módulos de análise avaliados com valores baixos que não sejam comuns a menos de quatro grupos, o que suporta a conclusão que os problemas relacionados à gestão das unidades de conservação federais do Brasil são sistêmicos.”

Portanto, sendo identificada a previsão legal de mecanismos administrativos específicos para a tutela do meio ambiente e averiguada a ineficiência do Poder Executivo para implementação e fiscalização das espécies de áreas de proteção, faz-se necessário o apelo a instrumentos processuais hábeis a propiciar ao titular do bem ambiental, a coletividade, a prevenção do ilícito ambiental, tendo em vista que a reparação do dano é insatisfatória em decorrência da natureza do objeto tutelado.

Pretende-se identificar os mecanismos jurídicos de tutela coletiva previstos no ordenamento pátrio para prevenção do ilícito ambiental, com ênfase na adequação da instrumentalidade processual à efetividade do direito material ambiental e principiológico constitucional.

Inicialmente, para desenvolvimento do tema e conceituação dogmática, serão expostos os princípios basilares concernentes à prevenção no Direito Ambiental, bem como os instrumentos administrativos, civis e penais específicos da tutela ambiental postos no ordenamento pátrio.

do uso do solo, presença de espécies exóticas invasoras, pressões de populações humanas sobre os recursos naturais e culturais, influências externas, expansão urbana e incêndios de origem antrópica.

³ Tabelas 31 e 32, pgs. 75 e 76.

Por conseguinte, necessário discorrer sobre o mecanismo processual inibitório hábil a obstar a ocorrência de ilícito ambiental, analisando o seu cabimento constitucional, o que faremos no capítulo 2.

Nesse ponto, será enunciado a imprescindibilidade de adequação do processo civil ao desígnio do direito material, principalmente na seara dos direitos transindividuais, considerando os anseios sociais, as especificidades fáticas do bem ambiental e a efetividade dos princípios constitucionais processuais e específicos do Direito Ambiental.

No terceiro momento, pontuaremos acerca do momento constitucional moderno e a ascensão da democracia participativa como forma de completar o arranjo institucional representativo.

Sempre com vistas a apresentar a previsão legal de cabimento do instituto inibitório, o fundamento material encontrado nas leis que justificam a sedimentação da ação preventiva, e a conjuntura social e jurídica que viabilizam a escalada da conscientização política da sociedade para assumir seu papel de engajamento frente às circunstâncias fáticas que vivenciamos.

CAPÍTULO I. PROTEÇÃO LEGAL DO MEIO AMBIENTE

O desenvolvimento teórico do direito ambiental decorre da cognição de como ocorre a interação social entre ser humano x natureza, ou seja, a forma como compreendemos a natureza e principalmente, o modo como interagimos diretamente com ela.

De acordo com Diegues (2004), diversas correntes objetivaram definir a dinâmica dessa interação, as quais passa-se a pontuar.

A corrente Preservacionista funda-se em uma visão ecocêntrica, prega que a natureza tem um valor intrínseco, independente da destinação econômica a ser aproveitada pelo humano. Visa preservar os ambientes naturais com vistas a resguardar seu valor inerente.

Assim a preservação se materializa por meio da demarcação de áreas reconhecidamente ricas, abrigando grande diversidade de espécies e habitats fundamentais para a manutenção dos ecossistemas e dos processos ecológicos. A intocabilidade da área implica no uso pelo homem de forma apenas indireta, como pesquisas, áreas de lazer e ações de educação ambiental.

O Conservacionismo, por sua vez, baseia-se em uma visão utilitarista da natureza, tendo como foco a viabilidade de uso pelo ser humano. Todavia, essa utilidade deve se pautar pela racionalidade, valendo-se de processos de manejo que potencializem a produção e recomposição do ambiente, bem como minimizem os impactos deletérios. Esta é a doutrina que propulsiona o conceito de desenvolvimento sustentável.

São aprovadas áreas de conservação com o intuito de controlar as atividades de exploração humana e com o escopo de minimizar os prejuízos ao meio ambiente. A legislação ambiental brasileira define conservação como a proteção dos recursos naturais, viabilizada pelo seu uso racional e assegurando, portanto, sua sustentabilidade.

O Sistema Nacional de Unidades de Conservação (2002) define conservação como “o manejo do uso humano da natureza, compreendendo a preservação, a manutenção, a utilização sustentável, a restauração e a recuperação

do ambiente natural, para que possa produzir o maior benefício, em bases sustentáveis, às atuais gerações, mantendo seu potencial de satisfazer as necessidades e aspirações das gerações futuras, e garantindo a sobrevivência dos seres vivos em geral.”

Esta é a posição dominante atualmente, de que o meio ambiente é essencial para fornecer bens ao homem, embora esta exploração deve se dar de maneira racional e sustentável. Leme Machado (2004, p. 49):

Os bens que integram o meio ambiente planetário, como água, ar e solo, devem satisfazer as necessidades comuns de todos os habitantes da Terra. As necessidades comuns dos seres humanos podem passar tanto pelo uso como pelo não uso do meio ambiente. O homem moderno tomou a consciência de que, sem um ambiente ecologicamente equilibrado não há de se falar em vida. O homem não está desvinculado completamente do ambiente em que vive. Pelo contrário, ele faz parte deste sistema, devendo assumir, por conseguinte, a responsabilidade na preservação do mesmo.

Já a noção de Ecologia Profunda orienta-se como uma linha preservacionista extrema, originada nos anos 70, que clama por uma tomada de consciência ecológica profunda, partindo do pressuposto de que o ser humano deve utilizar a natureza apenas para seus processos vitais, restringindo a possibilidade de utilizá-la com uma finalidade, ou com vistas a obtenção de lucro ou vantagens. A única forma de viabilizar estes princípios é uma radical mudança política, que afetará as estruturas econômicas, tecnológicas e ideológicas vigentes.

A supremacia dos princípios éticos que devem reger as relações homem-natureza desaguam na inevitável dedução do latente valor inerente da natureza, limitando a ação humana sobre o ambiente natural.

Um pouco diferente é o conceito de Ecologia Social que se consubstancia em uma vertente do preservacionismo ecocêntrico, embora este foco seja apontar as causas da degradação ambiental. Preconizam que esta é consequência direta do sistema econômico capitalista, uma vez que o objetivo de acumulação de capital é à razão do uso desenfreado dos recursos naturais. Defendem a ampliação do conceito de ecologia, abrangendo não só os elementos naturais como também a relação da humanidade com o mundo natural.

Pontuadas as correntes teóricas do ambientalismo, oportuno apontar brevemente o desenvolvimento histórico da questão ambiental.

Fonseca aponta a revolução industrial e o pós-2ª guerra mundial como as circunstâncias culminantes para a emergência dos movimentos ambientalistas. Após a humanidade presenciar os efeitos da industrialização para a saúde e a explosão de duas bombas atômicas no Japão, ascende a consciência acerca das consequências desastrosas que o maltrato a natureza pode acarretar para o ser humano e o planeta.

No Brasil, a questão da preservação ambiental ganha destaque a partir da década de 70, com a rearticulação dos movimentos sociais e o surgimento de pequenos grupos que apontavam a necessidade de incluir o tema do meio ambiente nas discussões da sociedade.

Na década de 80, o restabelecimento das eleições diretas favorece o surgimento de propostas sobre o meio ambiente e algumas se transformam em políticas públicas, dando contornos mais definidos à legislação ambiental brasileira. Ao lado das ONGs preservacionistas, surgem também aquelas que unem questões políticas e sociais à luta ambiental.

Édis Milaré assevera que apenas a partir da década de 80 foram promulgadas leis com o intuito de tutelar o meio ambiente de uma forma global e integrada.

O primeiro marco legislativo é a Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. Definiu-se os conceitos, princípios, objetivos e instrumentos para a defesa do meio ambiente, reconhecendo a imprescindibilidade deste para a vida e para o bem estar humano.

Por conseguinte, a edição da Lei nº 7.347/85, a Lei da Ação Civil Pública, disciplinou a ação civil pública como instrumento de defesa dos direitos difusos e coletivos, inclusive o meio ambiente, propiciando que os danos ao meio ambiente pudessem efetivamente chegar à apreciação do Poder Judiciário.

A Constituição Federal de 1988 foi o terceiro grande marco da legislação ambiental. A edição de um capítulo totalmente dedicado ao meio ambiente e a existência de outros artigos esparsos na Carta Magna, sedimenta a importância do meio ambiente ao erigi-lo à categoria de bem protegido constitucionalmente.

Segundo Ayala e Morato (2002), a Constituição de 1988 consolida esse processo legal e institucional. O capítulo que trata do meio ambiente enfatiza a

necessidade de sua defesa e preservação, procurando estabelecer mecanismos para que isso possa acontecer. Transcreve-se seu artigo 225:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Desse modo, depreende-se que o direito ao meio ambiente sadio é norma constitucionalmente prevista, de titularidade difusa e, portanto, acarreta o dever de responsabilidade, tanto ao Poder Público como à coletividade, de preservá-lo.

Em vista disso, em tese, o Poder Público deve desenvolver atividades essenciais à preservação de sistemas, ecossistemas, diversidade de sistemas ecológicos, entre outros, regulando as relações do homem com o meio ambiente, de modo que, o indivíduo aproveite ao máximo os recursos ambientais sem, contudo, degradar ou destruir o meio ambiente.

Silva (2000, p. 30) também nos diz que:

A Constituição define o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito de todos e lhe dá a natureza de bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Seja como for, qual o termo que se utiliza, o certo é que o ambiente equilibrado passa a ser uma das preocupações do direito. Isso porque o direito é regulador das atividades sociais, não podendo ficar omissos frente ao ambiente no qual tais relações se processam.

Quatro anos depois da promulgação da Constituição Federal, a ECO-92, Conferência Internacional sobre Meio Ambiente realizada na cidade do Rio de Janeiro, mostra a força das ONGs, que realizam um encontro paralelo de grande repercussão. Além disso, coloca na agenda das discussões internacionais a questão do desenvolvimento sustentável.

A principal conquista da Conferência é a Convenção da Biodiversidade, documento assinado por mais de 160 países, que se estrutura em três pontos principais: a conservação da biodiversidade, a exploração econômica sustentável e a repartição justa dos benefícios obtidos.

Atualmente, embora os problemas de exploração predatória e agressão ao meio ambiente continuem, a questão ambiental já faz parte dos debates públicos e do cotidiano da sociedade - a disciplina Educação Ambiental, por exemplo, já faz parte do currículo escolar. Ela se manifesta ainda através de projetos governamentais e das ações e programas das ONGs. Os meios de comunicação também têm exercido um papel importante no processo de conscientização da população.

Para visualizar os conceitos básicos relacionados à proteção ambiental, recorre-se a Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, cujo artigo 3º é:

Art. 3º. Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - meio ambiente: o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida, em todas as suas formas;

II - degradação da qualidade ambiental: a alteração adversa das características do meio ambiente;

III - poluição: a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;

c) afetem desfavoravelmente a biota;

d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;

e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

IV - poluidor: a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;

V - recursos ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora.

Consequentemente, o meio ambiente é, ao mesmo tempo, a dinâmica de interação dos elementos naturais e a identidade de cada elemento constituidor individualmente considerada. Dessa forma, o dano ecológico pode degradar tanto o meio ambiente propriamente dito, como os seus elementos naturais constituidores.

Acrescenta-se, ainda, que o termo meio ambiente engloba os elementos artificiais e culturais, uma vez que o meio ambiente resulta das interações recíprocas do ser humano com a natureza. Contudo, o meio ambiente artificial⁴ não será objeto deste estudo.

⁴ Fiorillo define como “[...] o meio ambiente artificial é compreendido pelo espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações (chamado de espaço urbano fechado), e pelos equipamentos

1.1. O Direito Ambiental como disciplina autônoma

O Direito Ambiental, a mais nova e promissora das disciplinas jurídicas, nasce com a simultânea missão de procurar estabelecer a predominância dos interesses coletivos sobre o do indivíduo e o de propor a instauração de um novo conceito da relação entre o Homem e a Natureza.

É nesse contexto doutrinário que o Direito Ambiental se estrutura como um direito humano fundamental, ou seja, o direito que todo cidadão tem a uma vida saudável, isto é, a água limpa, ao ar puro, ao calor, à luz do sol, à alimentação adequada, a cultura, ao lazer. (CARVALHO, 2003, 135-136)

Já Leme Machado (2004, p. 139-140) nos diz que:

O Direito Ambiental é um Direito sistematizador, que faz a articulação da legislação, da doutrina e da jurisprudência concernentes aos elementos que integram o ambiente. Procura evitar o isolamento dos temas ambientais e sua abordagem antagônica. Não se trata mais de construir um Direito das águas, um Direito da atmosfera, um Direito do solo, um Direito florestal, um Direito da fauna ou um Direito da biodiversidade. O Direito Ambiental não ignora o que cada matéria tem de específico, mas busca interligar estes temas com a argamassa da identidade dos instrumentos jurídicos de prevenção e de reparação, de informação, de monitoramento e de participação.

Para Toschio Mukai (1998, p. 10), o Direito Ambiental é:

O Direito Ambiental (no estágio atual da sua evolução no Brasil) é um conjunto de normas e institutos jurídicos pertencentes a vários ramos do direito reunidos por sua função instrumental para a disciplina do comportamento humano em relação ao seu meio ambiente.

Consoante Paulo Bessa Antunes (2000, p. 09), o professor Leme Machado não apresenta uma definição sobre o Direito Ambiental, sendo que, para ele, “o Direito Ambiental é um direito de proteção à vida, dotado de instrumentos peculiares que se projetam em diversas áreas do Direito, sobretudo no Direito Administrativo”.

Ainda, segundo o referido autor, ele nos diz que há três vertentes do Direito Ambiental: Direito ao meio ambiente, direito sobre o meio ambiente e direito do meio ambiente.

O Direito Ambiental, portanto, tem uma dimensão humana, uma dimensão econômica e uma dimensão ecológica que devem se harmonizar sob o conceito de desenvolvimento sustentável (ANTUNES, 2000, p. 09)

1.2. Princípios ambientais constitucionais justificadores da tutela preventiva

Em função da grande quantidade de princípios existentes, serão explicitados apenas alguns, ou seja, aqueles que são considerados essenciais para o Direito Ambiental, com vistas a justificar a tutela preventiva.

1. Princípio da supremacia do interesse público: a proteção ambiental é um direito de todos, ao mesmo tempo em que é uma obrigação de todos (art. 225, Constituição Federal). Isto demonstra a natureza pública deste bem, o que leva a sua tutela a obedecer ao princípio de prevalência do interesse da coletividade, ou seja, do interesse público sobre o privado na questão de proteção ambiental.

2. Princípio da indisponibilidade do interesse público: por ser o meio ambiente equilibrado um direito de todos (art. 225, Constituição Federal), e ser um bem de uso comum do povo, é um bem que tem caráter indisponível, já que não pertence a este ou aquele. O ser humano, a partir de sua capacidade de adaptação, de seu instinto de sobrevivência, de seus interesses e necessidades, explora e modifica o meio ambiente. No entanto, não se pode permitir que o homem degrade ou polua a natureza de forma incondicional e desregrada, pois o meio ambiente tem caráter coletivo.

A Constituição vai mais adiante, restringe a atuação do homem, dando parâmetros para seu desenvolvimento quando fala que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado o princípio da defesa do meio ambiente (art. 170 da Constituição Federal/88). Portanto, a defesa do meio ambiente, intrínseco interesse público, é ao mesmo tempo direito e obrigação da coletividade, sendo que o Estado não poderá se omitir de tal obrigação, caracterizando assim sua indisponibilidade.

3. Princípio da obrigatoriedade da proteção ambiental: este princípio está estampado no art. 225, caput, da Constituição Federal, que diz que o Poder

Público e a coletividade devem assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente sadio e equilibrado.

Segundo Leme Machado (2004, p. 88), “a gestão do meio ambiente não é matéria que diga respeito somente à sociedade civil, ou uma relação entre poluidores e vítimas. Os países, tanto no Direito interno como no Direito internacional, têm que intervir ou atuar”.

4. Princípio da prevenção ou precaução: baseado no fundamento da dificuldade e/ou impossibilidade de reparação do dano ambiental.

Leme Machado (2004, p. 77) nos diz que é:

Dividida em cinco itens a aplicação do princípio da prevenção:

- 1) identificação e inventário das espécies animais e vegetais de um território, quanto à conservação da natureza e identificação e inventário das fontes contaminantes das águas e do mar, quanto ao controle da poluição;
- 2) identificação e inventário dos ecossistemas, com a elaboração de um mapa ecológico;
- 3) planejamento ambiental e econômico integrados;
- 4) ordenamento territorial ambiental para a valorização das áreas de acordo com sua aptidão e;
- 5) estudo de impacto ambiental.

Uma importante consideração a ser feita, é o papel exercido pelo Estado em punir, e em punir corretamente, o poluidor do meio ambiente, pois, só assim, é que o arsenal e aparato legislativo protetivo do meio ambiente poderá servir como estimulante negativo contra a prática de agressões ao meio ambiente.

5. Princípio da obrigatoriedade da avaliação prévia em obras potencialmente danosa ao meio ambiente: o art. 225, da Constituição Federal obriga o Estudo de Impacto Ambiental e o seu respectivo relatório, ou seja, há a obrigatoriedade da avaliação prévia dos danos ambientais em obras potencialmente danosas.

Segundo Leme Machado (2004, p. 56), “o princípio da precaução visa à durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e à continuidade da natureza existente no planeta”.

Devido à dificuldade, à impossibilidade ou, até mesmo, à irreversibilidade de alguns danos ambientais, é preferível que tais danos não ocorram. Portanto é imprescindível que haja a sua prevenção, e uma das formas de prevenção, por

exemplo: é a exigência do o Estudo de Impacto Ambiental (EIA), previsto no artigo 225, §1º, IV, da Constituição Federal.

Respaldado no princípio da precaução, o princípio da obrigatoriedade da avaliação prévia em obras potencialmente danosa ao meio ambiente surgiu com o escopo de limitar as obras que inevitavelmente acarretarão degradação ao meio ambiente, permitindo somente a efetivação daqueles empreendimentos essenciais para o desenvolvimento econômico e social da coletividade e que não comprometam demasiadamente o meio ambiente, seja pelo emprego de técnicas que minimizem o impacto ambiental ou pela adoção de medidas que irão compensar tal degradação.

6. Princípio da publicidade: os Estudos de Impacto Ambiental e os seus respectivos relatórios têm caráter público, por ter como objeto elementos que compõe um bem de todos, ou seja, o meio ambiente sadio e equilibrado (art. 225, CF).

Como o meio ambiente é um bem de uso comum e de interesse público, tudo o que for realizado pelo Poder Público em prol de sua proteção deverá ter a ciência de todos. Isso se dá através da publicação obrigatórias de tais atos protetores, por exemplo: publicidade dos Estudos de Impacto Ambiental (EIA) e a existência de audiência pública para análise do Relatório de Impacto Ambiental (RIMA).

Já o princípio da notificação defende que, caso ocorra um dano ambiental, o responsável, seja ele particular ou o Poder Público, tem como obrigação, sob pena de agravar sua responsabilidade, avisar a comunidade e as autoridades de sua ocorrência.

7. Princípio da informação: em se tratando do tema ambiental, a sonegação de informações pode gerar danos irreparáveis à sociedade, pois poderá prejudicar o meio ambiente que além de ser um bem de todos, deve ser sadio e protegido por todos, inclusive pelo Poder Público, nos termos do art. 225, da Constituição Federal. Ademais, pelo inciso IV do citado artigo, o Poder Público, para garantir o meio ambiente equilibrado e sadio, deve exigir estudo prévio de impacto ambiental para obras ou atividades causadoras de significativa degradação do meio ambiente, ao que deverá dar publicidade; ou seja, tornar disponível e público o

estudo e o resultado, o que implica na obrigação ao fornecimento de informação ambiental.

Previsto no art. 6º, § 3º e 10 da PNMA, o princípio da informação ambiental também faz parte do que se determina como pilares mestres do Direito Ambiental.

Consoante Leme Machado (2004, p. 76):

A Declaração do Rio de Janeiro/92, em uma das frases do Princípio 10, afirma que, “no nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades”.

Como ocorre com os demais princípios de Direito Ambiental, o da informação ambiental também foi abraçado expressamente pela Constituição Federal, no seu art. 225, § 1º, VI, e é, portanto, corolário lógico do direito de ser informado, previsto no art. 220 e 221 da Constituição Federal.

8. Princípio da reparabilidade do dano ambiental: este princípio vem estampado em vários dispositivos legais, iniciando-se na Constituição Federal, art. 225, §3º, onde diz que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, as sanções penais e administrativa, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. O art. 4º, VII, da Lei 6.938/85 também obriga ao poluidor e ao predador recuperar e/ou indenizar os danos causados.

Para Leme Machado (2004, p. 338):

Uma das penalidades passíveis de serem aplicadas nas “Áreas de Proteção Ambiental” é a “obrigação de reposição e reconstituição” (art. 9º, § 2º, da Lei 6.902, de 27.04.1981). Além disso, a Lei 6. 938/81 prevê como um dos objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente a “imposição ao poluidor e ao predador da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados” (art. 4º, VII), “independentemente da existência de culpa”. (art. 4º, § 1º)

9. Princípio da participação: a comunidade deve participar da formulação das leis, além disso, deve participar nas políticas públicas através de audiências públicas e participação no controle jurisdicional através de medidas judiciais como ação civil pública, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e ação popular.

Conforme Leme Machado (2004, p. 81):

A Declaração do Rio de Janeiro, da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, de 1992, em seu art. 10, diz que: “O melhor modo de tratar de questões do meio ambiente é assegurando a participação de todos os cidadãos interessados, no nível pertinente”. O legislador brasileiro, apesar de não ter utilizado o termo **participação**, no art. 225, *caput*, da Constituição Federal, expressamente declarou ser dever de toda a coletividade e do Poder Público atuar na defesa e proteção do meio ambiente. O princípio da participação implica não um aconselhamento, mas um dever da coletividade, justamente porque o que resulta dessa omissão participativa é um prejuízo a ser suportado pela própria coletividade. Há que se lembrar que o direito ao meio ambiente possui uma natureza difusa e o fato de sua administração ficar sob custódia do Poder Público não elide o dever de o povo atuar na conservação e preservação do direito do qual é titular.

10. Princípio da responsabilidade: todo aquele que praticar um crime ambiental estará sujeito a responder, podendo sofrer penas na área administrativa, penal e civil. Nesse sentido há a Lei 9.605/98, que trata dos crimes ambientais. Ademais, a Lei 6.938/81, no art. 14º, § 1º, define expressamente a responsabilidade objetiva do degradador.

11. Princípio do desenvolvimento sustentável: na declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, definiu em seu Princípio 3 o desenvolvimento sustentável da Agenda 21.

Pode-se dizer que a noção e o conceito de *desenvolvimento*, inicialmente formados num Estado de concepção liberal, já não encontram mais guarida na sociedade moderna. Hoje, já não é mais contrário à noção de desenvolvimento o papel ativo do Estado no socorro dos valores ambientais. Ao contrário, justamente porque houve uma mutação no referido conceito, a pretensão desenvolvimentista deve sempre se pautar pela proteção do meio ambiente, limitando-se a outrora aclamada livre iniciativa (MILLARÉ, 2004).

A busca e a conquista de um “ponto de equilíbrio” entre o desenvolvimento social, crescimento econômico e a utilização dos recursos naturais exigem um adequado planejamento territorial que tenha em conta os limites da sustentabilidade.

Dessa forma, o critério do desenvolvimento sustentável transbordou seu sentido originário, valendo tanto para o território físico nacional na sua totalidade, áreas urbanas e rurais, como para a sociedade, para o povo, respeitadas as necessidades culturais e criativas do país.

12. Princípio da educação ambiental: art. 225, § 1º da Constituição Federal, prevê o princípio da educação ambiental ao dizer que compete ao Poder Público promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente. A educação ambiental tornou-se um dos principais princípios norteadores do direito ambiental.

Educar ambientalmente significa reduzir os custos ambientais, na medida em que a população atuará como guardião do meio ambiente, efetivando o princípio da participação e da prevenção, fixando a ideia de consciência ecológica.

Outrossim, incentivará a realização do princípio da solidariedade, no exato sentido que perceberá que o meio ambiente é único, indivisível e de titularidade indeterminada, devendo haver uma repartição justa e distributivamente acessível a todos.

13. Princípio da cooperação internacional: como a poluição pode atingir mais de um país e com a emergência dos questionamentos acerca da essencialidade do meio ambiente, principalmente a proteção do meio ambiente, a necessidade de cooperação entre as nações tornou-se uma regra a ser obedecida.

Como o direito a um meio ambiente sadio é obrigação também da coletividade, esta tem inúmeras formas de defender seus interesses. A participação, consequência natural da cidadania, é prevista das mais diversas formas e em vários diplomas legais, devendo existir essa participação para a concreção da Política Nacional do Meio Ambiente pelos cidadãos e autoridades públicas, na medida de suas competências e atribuições, cooperando para que a preservação ambiental seja uma realidade no âmbito nacional e internacional.

Sendo a proteção do ambiente um interesse coletivo e a amplitude da repercussão do possível dano ambiental incalculável, é imprescindível a cooperação entre os direta e indiretamente relacionados com o objeto a ser preservado, ou seja: todos os Estados nacionais e suas esferas institucionais, a sociedade e organizações internacionais devem envidar esforços na sua proteção.

1.3. Especificidades do objeto ambiental

No direito brasileiro, a autonomia do Direito Ambiental é mais patente a partir da Constituição da República de 1988, verificando-se a aceitação dos seus princípios quando estes se inserem em um dado sistema jurídico. Portanto, o Direito Ambiental detém um fabuloso amadurecimento, que redundará em um “esboço de autonomia,” instrumentos próprios e serve como visão paradigmática para a revisão dos tradicionais ramos do direito. (ALAYA; MORATO, 2002)

Diante do desenvolvimento crescente da preocupação com a questão ambiental é correto afirmar que aparece todo um mundo novo de atuação para o Direito, no qual será instrumento a serviço da proteção ambiental para um desenvolvimento sustentável.

Para Carvalho (2003), com o nascimento do Direito Ambiental, e o crescente vigor que adquire, a legislação toma-se hoje apenas uma das vertentes da doutrina ambiental, sendo que ela corporifica o sentido de uma legislação ambiental coerente e dá a real direção para uma política ambiental.

O ambientalista Leme Machado (2004) afirma que “o direito ambiental é um direito sistematizador, que faz a articulação da legislação, da doutrina e da jurisprudência concernente aos elementos que integram o ambiente”.

Por isso, é importante que os juristas avaliem se a abordagem jurídica do ambiente constitui apenas uma refração dos direitos tradicionais do direito ou se pode afirmar a existência de um novo ramo do direito: Direito Ambiental ou Direito do Ambiente.

O que não se pode negar é que o direito ambiental veio para buscar uma tarefa complexa de auxiliar na relação de importância transcendental para todos os seres vivos. Além disso, não é possível tratar da proteção jurídica do meio ambiente sem modificar ramos tradicionais do direito e inserir novos mecanismos preventivos.

Prieur (*apud* LEME MACHADO, 2004, p. 139) nos diz que:

Na medida em que o ambiente é a expressão de uma versão global das intenções e das relações dos seres vivos entre eles e com seu meio, não é surpreendente que o Direito do Ambiente seja um Direito de caráter horizontal, que recubra os diferentes ramos clássicos do Direito (Direito Civil, Direito Administrativo, Direito Penal, Direito Internacional), e um Direito de interações, que se encontra disperso nas várias regulamentações. Mais

do que um novo ramo do Direito com seu próprio corpo de regras, o Direito do Ambiente tende a penetrar todos os sistemas jurídicos existentes para orientar num sentido ambientalista.

O Direito Ambiental, devido a seu aspecto interdisciplinar, é um ramo do Direito que percorre naturalmente as demais disciplinas do nosso ordenamento jurídico, sendo que o jus-ambientalista possui uma árdua missão interpretativa pela frente, visto que a existência de conflitos aparentes de normas, institutos e princípios constituem um problema constante na aplicação nos casos concretos, e, além disso, é dever da doutrina jus-ambientalista valorizar o Direito Ambiental, como ramo do Direito capaz de discutir paradigmas jurídicos petrificados com o passar dos tempos.

Consoante Fagundes (2003), outra questão superada é em relação ao Direito Ambiental como apêndice do Direito Administrativo, tendo em vista que o Direito Ambiental possui princípios e métodos próprios, portanto não pode mais ser visto dessa forma.

Para que o Direito Ambiental seja reconhecido como disciplina autônoma haverá, pois, dependência com a legitimidade da pressão social que seja capaz, por sua qualidade, de desmontar uma visão, “mecanicista, atomista, analítica e unidimensional do direito, própria de um positivismo jurídico mal entendido, que entende o ordenamento jurídico como um todo indivisível composto por unidades jurídicas chamadas normas”. Portanto, é possível falar não só na necessidade de um direito ambiental dotado de autonomia, mas da necessidade de uma *ecologia jurídica*, a qual é possível de conferir a legitimação esperada.

Para Silva (2000, p. 41-42) Como todo ramo do Direito, também o Direito Ambiental dever ser considerado sob dois aspectos:

- a) Direito ambiental objetivo, que consiste no conjunto de normas jurídicas disciplinadoras da proteção da qualidade do meio ambiente;
- b) Direito Ambiental como ciência, que busca o conhecimento sistematizado das normas e princípios ordenadores da qualidade do meio ambiente.

Para Paulo Bessa Antunes (2000, p. 24):

O Direito Ambiental não se encontra situado em “paralelo” a outros “ramos” do Direito. O Direito Ambiental é um direito de coordenação entre os diversos “ramos”. E, nesta condição, é um Direito que impõe aos demais setores do universo jurídico o respeito às normas que o formam, pois seu

fundamento de validade é emanado diretamente da Norma Constitucional. Trazer para o Direito Ambiental a discussão sobre se este é autônomo ou não, é reproduzir uma questão ontologicamente superada.

Apesar de ser uma ciência jurídica nova, o Direito Ambiental já conta com princípios específicos que o diferenciam dos demais ramos do direito, apesar dos autores divergirem um pouco na colocação deles. Aliás, nomes de alguns princípios diferenciam de autor para autor.

Neste ponto, para minudenciar o objeto ambiental positivamente resguardado no ordenamento pátrio, imprescindível rememorar a definição legal de meio ambiente constante na Lei 6.938/81 (Lei de Política Nacional de Meio Ambiente), em seu artigo 3º:

Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

Do texto legal depreende-se que o meio ambiente transcende a simples noção de espaço como “extensão limitada, lugar determinado (inclusive em suas dimensões) que pode conter algo” ⁵, abrangendo a dinâmica de influência recíproca de seus elementos constituidores.

Observe-se a dimensão conferida pela definição legal no emprego da expressão “abriga e rege a vida em todas as suas formas”. A expressão reitera o conceito de interação entre os elementos constituintes do meio ambiente, além de ampliar o seu espectro para todas as espécies de componentes, sejam estáticos como dinâmicos, de propriedades físicas, químicas ou biológicas essenciais à vida, em todas as suas formas de manifestação.

Aliada a essa definição, da análise do *caput* do artigo 225 da Carta Magna infere-se que essa dinâmica de influência recíproca dos elementos constituidores do meio ambiente é condição para o “meio ambiente ecologicamente equilibrado” e, por derradeiro, abrangida por este, que, por sua vez, se consubstancia no objeto mediato da tutela ambiental.

⁵ Dicionário Aulete.

Pertinente trazer à baila a precisa definição de Marcelo Abelha Rodrigues (2005, p. 45):

Porém, o equilíbrio ecológico só existe porque ele é, na verdade, um produto da combinação (química, física e biológica) de diversos fatores, bióticos (fauna, flora e diversidade biológica) e abióticos (ar, água, terra, clima etc.) que, interagindo entre si, resultam no tal equilíbrio ecológico. Portanto, embora o objeto de proteção do direito ambiental seja o equilíbrio ecológico (macrobem), ele também cuida, inexoravelmente, da função ecológica exercida pelos fatores ambientais bióticos e abióticos (microbens).

Desta feita, vislumbrada a multiplicidade de componentes essenciais ao meio ambiente, e, portanto, latente sua característica essencialmente indivisível, ubíqua (ausência de fronteiras identificáveis entre seus elementos, transfronteiriça), instável e perene quando considerado em sua totalidade, não devendo ser desconsiderados os seus elementos individualmente, que, por óbvio, também estão abarcados pela tutela jurídica.

Por conseguinte, o dispositivo constitucional também fornece o objeto imediato do direito ambiental, o bem da vida resguardado, qual seja, a “sadia qualidade de vida”. Destarte, conclui-se que o equilíbrio ecológico é circunstância condicionante à “sadia qualidade de vida” e, portanto, pressuposto para a concretização do escopo almejado.

Necessário asseverar quanto sua natureza jurídica, consistente em direito difuso (titularidade da coletividade), de uso comum (portanto tratado sob regime de direito público e, por derradeiro, indisponível e inalienável), subjetivo e fundamental da pessoa humana. Impende destacar que o caput do artigo 225 consiste em norma-matriz e, portanto, declaratória do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado conferido a todos, cidadãos brasileiros (inclusive gerações futuras).

Portanto, o dever de participação da coletividade aliado à preceituada categoria erigida de “bem de uso comum do povo”, fundamentam o status de direito fundamental subjetivo da coletividade e, portanto, pode ser pleiteado, até mesmo, em face do próprio Estado, conforme Milaré (2007, p. 142).

Justifica-se o foco coletivo no domínio ambiental por sua natureza jurídica, conceituada com exatidão por Marcelo Abelha Rodrigues (2005, p. 81):

Foi o próprio legislador constitucional que deu as diretrizes para se definir a natureza jurídica do bem ambiental. Ao falar que é um bem de uso comum do povo, não produziu simples coincidência com o art. 98 do CC. Pelo contrário, a intenção do constituinte, ao repetir a expressão do art. 98 do CC, foi a de que tal bem teria regime jurídico de bem público e como tal deveria ser tratado. Trata-se de bem do povo, e como foi visto no cap. I, nos termos da lei pátria, possui regime jurídico típico de direito público, mas descansa mansa e tranquilamente no conceito de bem difuso (art. 81, parágrafo único, I do CDC), porque sua propriedade não é do Estado, mas res omnium.

Outrossim, por todo o exposto, infere-se a completa autonomia do bem ambiental, de natureza imaterial e interelementar, características que conferem complexidade à efetivação do preceito constitucional da proteção do “equilíbrio ecológico”, o objeto mediato da tutela legal.

O bem ambiental deve ser compreendido como um valor em si mesmo, independente dos seus componentes individualmente considerados, embora os englobe. Implica em assentar a ideia de que o bem ambiental de titularidade difusa não tem identidade com seus elementos constituintes, pois, na verdade, os abrange e, portanto, aflora sua emancipação como bem jurídico *per se* (Milaré, 2007, p. 141/143), que pretende o “equilíbrio ecológico”, a despeito da imprescindibilidade da harmonização de seus elementos constituintes.

O reconhecimento do bem ambiental autônomo e independente resulta na diferenciação de regime jurídico aplicado no tratamento deste e de seus elementos constituintes individualmente considerados. Pois, dessa forma, não há incongruência na possibilidade de apropriação particular do indivíduo sobre determinado componente (regime de direito privado), na medida em que, embora essenciais ao “equilíbrio ecológico” não lhes são aplicados o regime constitucionalmente previsto de direito público (indisponibilidade e inalienabilidade), de acordo com Rodrigues (2005, p. 74).

Importa destacar que a regência de regime de direito privado sobre os elementos constituintes individualmente considerados não significa a irresponsabilidade acerca da repercussão de eventual dano sobre o “equilíbrio ecológico”, apenas diferencia o conteúdo da responsabilidade, que em sua autonomia tem caráter essencialmente extrapatrimonial, enquanto individualmente considerados desencadeará a reparação específica ou, quando impossível, a monetária equivalente.

Sedimentado o valor intrínseco do bem ambiental, constitucionalmente tutelado e reconhecidamente autônomo, visualiza-se a ascendência de sua dimensão extrapatrimonial, consubstanciada na perspectiva moral da coletividade, juridicamente titular do objeto ambiental.

1.4. O dano ambiental e a responsabilidade civil decorrente

O dano é a lesão causada a alguém por um terceiro que implica na obrigação de indenizar. É juridicamente irrelevante aquele prejuízo que tenha por origem um ato ou omissão imputável à própria vítima. Assim é essencial que a ação ou omissão seja de um terceiro, e que a alteração provocada por este seja negativa (ANTUNES, 2004, p. 239).

O dano ambiental consiste no prejuízo a um bem jurídico, tendo em vista tal premissa pode-se dizer que o dano ambiental existe quando há lesão ao equilíbrio ecológico decorrente de afetação adversa dos componentes ambientais (RODRIGUES, 2010, p. 223).

Ao discorrer acerca do dano ambiental, Paulo de Bessa Antunes (2004, p. 240) assevera que dano ambiental é o dano ao meio ambiente. Desta forma, para que seja possível a caracterização do dano ambiental, preliminarmente, faz-se necessária a definição do azado conceito de meio ambiente e sua natureza jurídica.

Segundo Antunes (2004, p. 240) o conceito de meio ambiente é evidentemente cultural, sendo a atuação inventiva do ser humano que vai determinar o que deve ou não ser entendido por meio ambiente.

Quanto a sua natureza jurídica, extrai-se dos ensinamentos Paulo de Bessa Antunes (2004, p.240), que o meio ambiente é um bem jurídico autônomo e unitário, não sendo o simples somatório de flora e fauna, de recursos hídricos e minerais, mas sim resultado da supressão de todos os componentes que isoladamente podem ser identificados, tais como florestas, animais, ar, entre outros.

Voltando a conceituação de dano ambiental, conforme preleciona Marcelo Abelha Rodrigues (2010 p.223/224):

Essa lesão pode gerar um desequilíbrio ao ecossistema social ou natural, mas sempre a partir da lesão ao equilíbrio ecológico, que é o bem jurídico tutelado pelo direito ambiental. Exatamente porque o meio ambiente (e seus

componentes e fatores) constitui um bem jurídico autônomo, imaterial, difuso, incindível, de uso comum de todos, a lesão que o atinge será, ipso facto, uma lesão difusa e indivisível, cuja reparação igualmente será, igualmente, erga omnes.

Ao adotar tal conceituação, entende-se que os danos ao meio ambiente são autônomos e diversos aos danos padecidos pelos indivíduos. Desta forma este dano é ontologicamente diverso ao dano individual que possa ocorrer do mesmo acontecimento (RODRIGUES, 2010, p. 224).

Prosseguindo-se na conceituação de dano ambiental, importante frisar que a incidência do dano pode se dar em qualquer hipótese de diminuição ou degradação do meio ambiente, neste sentido leciona Marga Barth Tessler (FREITAS, 2000, p.167).

A degradação ambiental, então, significa a ocorrência de efeitos indesejados, pois redutores das características preexistentes e ideais do objeto ambiental, embora não definidos, a partir da prática de determinado ato. Atente-se que a ocorrência de degradação ambiental independe da qualidade do ato praticado, uma vez que o foco do conceito encontra-se nos efeitos gerados.

No nosso estágio civilizacional, o dano ambiental é uma das marcas indelévels da nossa era. Pode ser conceituado como qualquer diminuição ou degradação de um recurso natural ou alteração de seu natural equilíbrio. O dano ambiental, ecológico, é toda degradação que atinja o homem na saúde, segurança, nas atividades sociais e econômicas, que atinja as formas de vida não humanas, vida animal ou vegetal e o meio ambiente em si, do ponto de vista físico, estético, sanitário e cultural.

Igualmente, discorrendo acerca da classificação do dano ambiental, verifica-se que para Édis Milaré (2004, p.665) “dano ambiental é a lesão aos recursos ambientais, com conseqüente degradação – alteração adversa ou *in pejus* - do equilíbrio e da qualidade de vida”.

Seguindo na conceituação de dano ambiental, observa-se que Fiorillo (2009, p.48) conceitua dano como a lesão a um bem jurídico. O dano ambiental incidirá quando ocorrer lesão a um bem ambiental, resultante de atividade praticada tanto por pessoa física quanto jurídica, pública ou privada, que direta ou indiretamente

tenha ocasionado o dano, assim não só há a caracterização deste como a identificação do poluidor, aquele que terá o dever de indenizá-lo.

Embora não existam dúvidas de que o meio ambiente deriva da influência mútua do ser humano e do mundo natural, tal entendimento não é difundido satisfatoriamente a ponto de dar embasamento e forma a formulações doutrinárias inovadoras. A legislação vigente que, em sua quase totalidade, prossegue destinando-se aos recursos da natureza deve evolver a partir da premissa de que o meio ambiente é realidade mais ampla do que os ecossistemas naturais (MILARÉ, 2004, p.665).

Neste diapasão, considera-se que seria demasiado afirmar que todas as mudanças no meio ambiente ocasionarão prejuízo, pois estaria negando-se a possibilidade de alteração e de inovação, ou seja, estaria sendo entendido que o estado apropriado do meio ambiente é o imobilismo, o que é ilusório. Não obstante, ao admitir alterações espontâneas ou mesmo provocadas pela própria natureza, não nos acarreta a asseverar que todas essas transformações são favoráveis (MACHADO, 2006, p.335).

Destarte, conclui-se que o dano ambiental é a lesão ao meio ambiente e aos recursos ambientais, com a consequente degradação, alteração adversa ou *in pejus*, do equilíbrio e da qualidade de vida.

1.4.1. Dano ambiental e suas classificações

O dano ambiental pode ser dividido em dano ambiental coletivo e dano ambiental individual, de acordo com a lesão sofrida. Os doutrinadores ensinam que os danos ambientais coletivos consistem nas lesões causadas ao meio ambiente *lato sensu*, cuja repercussão se dá em interesses difusos, pois afetam diretamente uma coletividade indeterminada ou indeterminável de titulares. Os direitos decorrentes dessas agressões caracterizam-se pela inexistência de uma relação jurídica base, no aspecto subjetivo, e pela indivisibilidade (ao contrário dos danos ambientais pessoais) do bem jurídico, diante do aspecto objetivo (CARVALHO, 2001, p.197).

O dano ambiental individual ocorre quando ao lado da coletividade é possível identificar indivíduos que tenham seu patrimônio particular lesado, é

também chamado de ricochete ou reflexo; tal modalidade de dano ambiental surge da danificação do meio ambiente que repercute reflexamente sobre o domínio de interesses patrimoniais ou extrapatrimoniais de outrem (MILARÉ, 2004, p.667).

A respeito do enquadramento do dano individual como espécie do dano ambiental, ensina Morato Leite (MILARÉ, 2004, p.667):

Este dano individual pode ser elencado dentro do gênero dano ambiental, levando em consideração que a lesão patrimonial ou extrapatrimonial que sofre o proprietário, em seu bem, ou a doença que contrai uma pessoa, inclusive a morte, podem ser oriunda da lesão ambiental.

O dano ambiental é um só, sendo o dano ao meio ambiente um bem jurídico autônomo, independentemente de ter ricocheteado ou não para os domínios particulares dos indivíduos, conforme preleciona Marcelo Abelha Rodrigues Por isso, opta-se por não conceituar o dano ambiental como gênero do qual decorreria as espécies de danos pessoais e danos ecológicos (RODRIGUES, 2010, p.225).

De outra senda, Fiorillo (2009, p. 49), subdivide o dano ambiental, em dano material, moral e dano à imagem em face dos bens ambientais. Para que se torne possível à categorização do dano, aduz ser necessário dissociá-lo de seus efeitos, evidenciando que suas classificações decorrem de elementos que não são os mesmos que o identificam como dano. Outrossim, afirma que apesar de serem vários os tipos de classificações constantes na doutrina, abordará somente a que se refere ao objeto, que é o dano com efeitos morais e patrimoniais. Note-se a remissão a efeitos, visto que em verdade o dano é uno em si mesmo. Neste diapasão importante destacar a classificação do dano material, moral e à imagem.

1.4.2. Identificação dos agentes causadores do dano ambiental

O art. 225 da CF/88 estabelece que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é bem de uso comum do povo. Contudo, deixa clarividente a imposição a todos do dever de proteger e preservar o meio ambiente. Desta forma, se toda a população pode usar e gozar do meio ambiente ecologicamente equilibrado, cabe a todas as pessoas a responsabilidade pela guarda e proteção (RODRIGUES, 2010, p.49).

Assim, conforme preleciona o referido dispositivo legal todos podem assumir a condição de poluidor, portanto, o agente lesivo é a sociedade, mais especificamente o causador direto do dano ambiental.

A determinação do agente lesivo parte da aplicação do “princípio do poluidor-pagador”. Esse princípio tem fundamento na CFRB/88 (art. 225), bem como na Lei nº 6.938/81 (art. 4º, inciso VII, e art. 14, §1º). O referido princípio não objetiva, por certo, tolerar a poluição mediante um preço, tampouco se limita a exclusivamente compensar os danos causados, mas sim, justamente, evitar o dano ao meio ambiente, conforme evidencia Édis Milaré (2004, p.143).

Alguns doutrinadores tratam, também do “princípio do usuário-pagador”, o qual significa que o usuário do recurso deve suportar todos os custos necessários a tornar possível a utilização desse recurso, bem como os custos advindos de sua própria utilização. Este princípio visa fazer com que estes custos não sejam suportados não pelo Poder Público, nem por terceiros, e sim pelo utilizador (Henri Smets *apud* MACHADO, 2006, p.59).

1.4.3. Distinção entre ilícito e dano

Afirma Marinoni (2012) que a o dano é uma eventual consequência do ato contrário ao direito, os quais podem ser destacados para que os direitos sejam tutelados.

Já contrário ao direito é conceito jurídico que equivale ao de ilícito. Desse modo dano é o resultado do ilícito, sendo que ambos não acontecem necessariamente no mesmo momento.

Tem-se ainda que o dano, no direito ambiental, não é basicamente o resultado de um ilícito, isso porque se aplicando a teoria do risco integral na responsabilização civil ambiental o caso fortuito e a força maior atribuem o dever de reparação ao causarem danos, que, nesse caso não serão considerados resultados de um ilícito, mas ainda assim deverão ser reparados.

1.5. Espécies de tutela ambiental previstas no ordenamento brasileiro

1.5.1. Tutela Administrativa

O principal instrumento de tutela a disposição do poder executivo são as unidades de conservação (UC), que consistem em espaços territoriais, incluindo seus recursos ambientais, com características naturais relevantes, que têm a função de assegurar a representatividade de amostras significativas e ecologicamente viáveis das diferentes populações, habitats e ecossistemas do território nacional e das águas jurisdicionais, preservando o patrimônio biológico existente.

Estas áreas estão sujeitas a normas e regras especiais. São legalmente criadas pelos governos federal, estaduais e municipais, após a realização de estudos técnicos dos espaços propostos, consulta à população, quando necessário, e necessária previsão financeira e orçamentária para efetuar as desapropriações necessárias ao seu implemento.

Por seu turno, as UC's se subdividem em dois grupos, Unidades de Proteção Integral (estação ecológica, reserva biológica, parque, monumento natural e refúgio de vida silvestre) e Unidades de Uso Sustentável (área de relevante interesse ecológico, floresta nacional, reserva de fauna, reserva de desenvolvimento sustentável, reserva extrativista, área de proteção ambiental - APA e reserva particular do patrimônio natural - RPPN).

Diferenciam-se pelo seu objetivo, a primeira visa preservar os elementos naturais sem os efeitos deletérios da atuação humana, simplesmente para resguardar sua essência, enquanto a segunda pretende delimitar áreas com disciplina específica para a interação do homem com a natureza.

Já no tocante a atuação posterior à degradação ambiental, os agentes do Poder Público se veem atraídos a enfrentar os problemas ambientais por meio do exercício do poder de polícia administrativa.

O poder de polícia nada mais é do que a supremacia do interesse público sobre o individual. O conceito legal pode ser conferido no artigo 78 do Código Tributário Nacional Lei nº 5.172/1966:

Considera-se poder de polícia a atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à

segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos

Poder de Polícia Administrativa por Geraldo Ferreira Lanfredi (2002, p. 185):
É a faculdade inerente à Administração Pública de limitar o exercício dos direitos individuais para assegurar o bem-estar da coletividade. Ainda menciona o autor que essa tutela administrativa possui instrumentos preventivos que são: a) limitações administrativas; b) desapropriação; c) estudos de impacto ambiental; d) licença ambiental; e) tombamento; f) inquérito civil, e instrumentos repressivos que são: a) multas; b) interdição temporária ou definitiva de atividade nociva ao meio ambiente; c) perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público; d) perda ou suspensão de participação em linhas de financiamentos oficiais de crédito etc. Acrescenta, ainda, que a multa é um poderoso instrumento para coibir abusos contra o meio ambiente.

1.5.2. Tutela Criminal

O principal instrumento penal foi a edição da Lei de Crimes Ambientais ou Lei nº 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Essa Lei regulamentou instrumentos importantes da legislação ambiental como a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica e a responsabilização penal da pessoa jurídica.

A Lei dos Crimes Ambientais, nº 9.605/98, serve para coibir as infrações contra o meio ambiente. Por meio da ação penal pública que se efetiva a proteção do meio ambiente, sendo então iniciada esta ação por denúncia do Ministério Público.

A Lei nº 9.605/98 criou novas figuras delitivas, determinando assim algumas condutas criminosas como: pichar e grafitar; destruir ou lesar plantas ornamentais de áreas públicas; fabricar, vender, transportar ou soltar balões; destruir ou danificar floresta de preservação permanente; extrair espécies minerais de floresta de preservação permanente; danificar Unidade de Conservação; maltratar ferir ou

mutilar, ou, ainda, praticar ato de crueldade contra animais; comprar, vender, transportar e armazenar madeira, carvão ou lenha, sem licença; entre outros.

Geraldo Ferreira Lanfredi (2002, p. 186) conclui a sua observação dizendo que:

Não obstante, provado está, em outros países, e atualmente no Brasil, que não é através do Direito Penal que vamos solucionar nossos problemas ambientais. O Direito Penal deve ser um recurso utilizado em caso extremo. Especialistas do mundo inteiro chegaram à conclusão de que nunca foi solução para a criminalidade a pena privativa de liberdade.

Salienta-se que, ainda há divergências quanto à possibilidade de responsabilização ou repressão no que diz respeito à pessoa jurídica, destacam-se alguns autores: Paulo Afonso Leme Machado, Caio Mário da Silva Pereira, José Afonso da Silva, Hely Lopes Meirelles, Edis Milaré, René Ariel Dotti e outros.

O legislador infraconstitucional elaborou a Lei nº 9.605/98, disciplinando os crimes ambientais, e observou com clareza o artigo 5º, XLI, da Constituição Federal, como direito fundamental: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

1.5.3. Tutela Civil

Na esfera civil coletiva dispõe-se para proteger e defender o meio ambiente, da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), proposta em face do causador do dano, objetivando, dessa forma a recuperação ou reconstituição, ou até mesmo ressarcimento pecuniário dos danos causados e/ou irreversíveis.

Analisa Geraldo Ferreira Lanfredi (2002, p. 187) que a atuação do Poder Público, em matéria civil, na preservação ambiental foi prejudicada pela concepção individualista do direito de propriedade.

Dessa forma, evidenciado-se a tutela inibitória como mecanismo processual civil apto a resguardar o meio ambiente e não havendo tipificação legal expressa, trataremos no próximo capítulo dessa espécie instrumental.

CAPÍTULO II. TUTELA COLETIVA AMBIENTAL: MECANISMOS PROCESSUAIS E CONSTITUCIONAIS.

2.1. Tutela Inibitória

No direito brasileiro não foi incurso teoricamente uma tutela jurisdicional preventiva típica. Entretanto, se os cidadãos carecem ter a sua disposição elemento processual correspondente para tutelar seus direitos, Marinoni (2000, p.25) leciona que se faz necessário o estabelecimento de uma tutela jurisdicional adequada à prevenção do dano.

Conceitua-se como “ação de conhecimento, de natureza preventiva, destinada a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito.”. Portanto, a tutela inibitória é uma forma de proteção dos direitos, eminentemente preventiva, como preconiza Marinoni (2000, p.36):

A tutela inibitória, configurando-se como tutela preventiva, visa a prevenir o ilícito, culminando por apresentar-se, assim, como uma tutela anterior à sua prática, e não como uma tutela voltada para o passado, como a tradicional tutela ressarcitória.

Quando se pensa em tutela inibitória, imagina-se uma tutela que tem por fim impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito, e não uma tutela dirigida à reparação do dano. Portanto, o problema da tutela inibitória é a prevenção, da continuação ou da repetição do ilícito, enquanto o da tutela ressarcitória é saber quem deve suportar o custo do dano, independentemente do fato de o dano ressarcível ter sido produzido ou não com culpa.

Assim disserta Marinoni (2000, p. 38) sobre a tutela inibitória:

A tutela inibitória é uma tutela específica, pois objetiva conservar a integralidade do direito, assumindo importância não apenas porque alguns direitos não podem ser reparados e outros não podem ser adequadamente tutelados através da técnica ressarcitória, mas também porque é melhor prevenir do que ressarcir [...] Como se percebe a tutela inibitória visa resguardar o direito em si mesmo. Não tendo “caráter sub-rogatório, destina-se a garantir a integridade do direito em si.”

Ressalta-se, que se o ato já foi praticado e não tem probabilidade de se repetir, para Machado (2006, p.188-189), “não há necessidade de interpor a presente ação”.

No entendimento de Machado (2006, p. 189) “a ação inibitória é uma ação que exige requisitos próprios, e possui um fim próprio, destarte é uma ação autônoma de cognição exauriente”.

Para Machado (2006, p.189) “a tutela inibitória é cabível quando o ilícito ainda não foi praticado ou tem chance de se repetir”. Quando o ilícito já ocorreu, o cidadão deverá se valer da tutela de remoção do ilícito, se a situação for cabível de remoção.

Marinoni (2000, p.351) faz a distinção entre tutela de remoção e a tutela inibitória: “a tutela de remoção do ilícito diferencia-se da inibitória por remover ou eliminar o ilícito; a tutela inibitória, no caso de ilícito continuado, não remove ou eliminar o ilícito, mas apenas visa a convencer o réu a cessar de praticá-lo”.

Como foi entendido, Marinoni (2000, p.29) diferencia a natureza das duas tutelas “A inibitória tem natureza mandamental e a de remoção do ilícito, executiva.” Conceitua que ela “funciona, basicamente, através de uma decisão ou sentença que impõe um não fazer ou um fazer, conforme a conduta ilícita temida seja de natureza comissiva ou omissiva.”

A tutela inibitória não será sempre um não fazer. Poderá ser utilizada em uma obrigação de fazer, a qual origina um dever de ação. Cita-se um exemplo: “uma fábrica tem o dever de não poluir o ambiente. [...], para haver a efetivação desse comando, pode-se impor á fábrica uma obrigação positiva, qual seja, instalar um filtro.” (STONOGA, 2003, p.108).

Essa decisão ou sentença que impõe um fazer ou não fazer “deve ser imposto sob pena de multa, que permite identificar o fundamento normativo processual desta tutela nos arts. 461 do CPC⁶ e 84 do CDC.” Marinoni (2000, p.39).

Para Marinoni (2000, p.33) “o fundamento maior da inibitória, [...], a base de uma tutela preventiva geral, encontra-se [...] na própria Constituição da República, precisamente no art. 5º, XXXV, [...]” esse artigo preconiza que “a lei não excluirá da

⁶ Corresponde ao art. 497 do Novo Código de Processo Civil vigente (Lei 13.105.2015):
Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.
Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A tutela inibitória “é imanente ao Estado de Direito e está garantida pelo art. 5º, XXXV, da Constituição da República, razão pela qual é completamente desnecessária uma expressa previsão infraconstitucional [...]” Marinoni (2000, p.47) para interpor a ação inibitória.

Stonoga (2003, p.99-100) salienta a fundamentação da inibitória: A tutela inibitória coletiva está amparada no art. 11 da Lei da Ação Civil Pública e 84 do Código de Defesa do Consumidor. Em uma leitura apressada, depreende-se que a previsão do art. 11 da Lei de Ação Civil Pública só admite, à primeira vista, a forma de tutela inibitória que visa à cessão da atividade ilícita.

Entretanto, pode-se ter uma leitura bem mais ampla desse dispositivo legal, tendo em vista a possibilidade de aplicação sistemática com o contido no art. 84 do Código do Consumidor, o qual, aliás, tem grande semelhança com a art. 461 do Código de Processo Civil (atual art. 497 do NCPC/2015).

Não se pode esquecer também que o fundamento da tutela jurisdicional adequada em âmbito coletivo esta encartada no art. 84 do Código de Defesa do Consumidor. Ademais, também deve-se considerar que o Código de Defesa do Consumidor prevê, em seu art. 90, a possibilidade da aplicação das disposições da Lei de Ação Civil Pública e do Código de processo Civil nas demandas baseadas neste Codex.

A Lei de Ação Civil Pública também, em seu art. 21, autoriza a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em relações às questões disciplinadas. Desta forma, verifica-se que a tutela inibitória prevista no art. 84 do Código de Defesa do Consumidor deve ser, indubitavelmente, aplicada relativamente a qualquer interesse difuso, vez que esses diplomas integram o microssistema de tutela coletiva.

Marinoni (2000, p.78) sustenta “que não há dúvida de que o art. 84 do CDC sustenta a possibilidade da tutela inibitória pura para qualquer direito difuso ou coletivo”.

No sistema brasileiro “a tutela coletiva ampara a tutela inibitória” Marinoni (2000, p.76), segundo os artigos 11 da Lei da Ação Civil Pública e 84 do CDC.

Segundo Marinoni (2000, p.78) “a tutela inibitória coletiva pura tem sido utilizada com certa frequência, sendo” expressiva a utilização nas ações que, visam

a “proteção do meio ambiente, impedem, v.g., que uma fábrica que ameaça agredir o meio ambiente inicie suas atividades”.

No entender de Marinoni (2000, p.79) a importância da tutela inibitória coletiva, se torna mais clara na aplicação da proteção ambiental:

Para a demonstração da importância da tutela inibitória coletiva, torna-se adequada a análise da tutela do meio ambiente, uma vez que este é um dos lugares em que a inefetividade da tutela ressarcitória evidencia-se de modo mais claro. Se é verdade que cresce em importância, nos últimos tempos, a reparação específica do dano ecológico, e que é necessária a responsabilização, ainda que pelo equivalente, daquela que agride o meio ambiente, o certo é que não se pode admitir, no campo do direito ambiental, a troca da tutela específica e preventiva do bem tutelado pela tutela ressarcitória, sob pena de admitir-se, implicitamente, uma lógica perversa, que justificaria o cínico “poluo, mas pago”.

Como é evidente, a admissão da tutela ressarcitória no campo do direito ambiental não significa a aceitação da poluição, mas objetiva evitar que o dano ecológico fique sem a devida reparação. Contudo, para que não ocorra a degradação do meio ambiente é imprescindível a atuação preventiva e, assim, a sedimentação da tutela inibitória coletiva.

Na concepção de Marinoni⁷, “é fácil concluir” que existe infração de legalidade na conjectura em que o órgão concede licença ao meio ambiente e escusa estudo de impacto ambiental em presença de obra ou atividade de grande potencial na degradação do meio ambiente. “Nesta hipótese, estando, v.g., uma indústria para se instalar, ou mesmo pronta para começar a operar, cabe a tutela inibitória.” (MARINONI, 2000, p.84).

A tutela inibitória aplica-se a todos os direitos instituídos pela norma material:

“a tutela inibitória, por relacionar-se com a prevenção, diz respeito, em princípio, a todos os direitos, e pode tornar-se necessária em todos os locais em que apresentar-se como insuficiente a reintegração ou reparação do direito.” (MARINONI, 2000, p.57).

Portanto, todos os direitos poderão ser protegidos pela tutela inibitória, desde que, as tutelas de reintegração e reparatoria não forem suficientes para a

⁷ Cumpre salientar que é dada ênfase à doutrina do processualista Luiz Guilherme Marinoni porque há obra específica sobre o tema, embora haja outros autores tratando do tema no corpo de suas obras.

garantia da integralidade do direito. Se o direito não for tutelado de forma adequada pela reparação ou reintegração, possibilitada a utilização da inibitória.

O pressuposto para ser impetrada a ação inibitória é a verossimilhança de “prática de um ilícito futuro ou sua reiteração”, conforme Machado (2006, p.192).

A tutela inibitória deverá ser impetrada antes da ocorrência do dano, “[...] pois a finalidade dessa tutela é de prevenção [...]”.(MACHADO, 2006, p.192). Para Machado (2006, p.192) “Não se exige, [...], a culpa ou dolo do agente, mesmo porque este não será punido, mas apenas impedido de praticar ou repetir um ato contrário à lei”.

Portanto, não é necessário que o agente tenha culpa ou dolo no momento de interpor a ação inibitória, pois, o interesse de agir reside na simples chance da concretização de um ilícito.

A tutela inibitória poderá ser tanto no sentido de omissão, inibitória negativa, como comissiva, tutela inibitória positiva, de acordo ao preceituado por Machado (2006, p.193).

Como salienta Machado (2006, p. 201), “a tutela inibitória aplicada para defender o meio ambiente equilibrado pode ser positiva ou negativa”. Quando ordena a instalação de um filtro em uma indústria é inibitória positiva, por outro lado, quando ordenando que a indústria cesse suas atividades, será inibitória negativa. “Dessa forma, uma tutela inibitória positiva pode ser transformada em tutela inibitória negativa, caso a indústria não coloque o filtro.” (MACHADO 2006, p.201).

No ensinamento de Machado (2006, p.194) “a tutela inibitória pode ser, ainda, final ou antecipada”. Podendo ambas serem concedidas para impedir a prática ou a continuação de um ilícito, independentemente de dano”. Esclarece Marinoni (2000, p.158):

Pense-se por exemplo, no caso em que se requer tutela antecipatória para impedir a construção de uma indústria em lugar proibido pela legislação ambiental. Nessa hipótese a tutela antecipada inibitória requer apenas a probabilidade da prática do ilícito. A prevenção do dano, no caso, já é feita pela própria legislação, ao determinar que naquele local não é possível a instalação da indústria.

Machado afirma que “os requisitos da tutela inibitória antecipada são os mesmos da tutela antecipada genérica”. Por seu turno, Marinoni (2000, p.151-152) afiança:

O requerente da tutela inibitória antecipada deve demonstrar, em termos de ‘fumus boni iuris’, a probabilidade da ilicitude. Entretanto, além da probabilidade do ilícito, exige-se o que o § 3º do art. 461 chama de ‘justificado receio de ineficácia do provimento final’.

Há ‘justificado receio de ineficácia do provimento final’ quando há robustos indícios de que o ilícito (que pode ou não estar associado ao dano) seja praticado no curso do processo de conhecimento, isto é, em momento anterior àquele em que o provimento final pode ser executado.

Desse modo, “o operador jurídico deixa de ser escravo da busca da verdade real e passa a contentar-se com “a probabilidade da justificação”, ou seja, com o fundamento relevante, já que aquele é uma quimera.” (MACHADO, 2006, p.194).

Acrescenta Marinoni (2000, p.159) sobre a antecipação da inibitória: Além disso, o autor pode pedir uma tutela inibitória antecipada que tenha o mesmo conteúdo da tutela inibitória final, se for ela suficiente para tutelar de forma efetiva e adequada o direito que o réu ameaça violar.

Ora, se o juiz pode conceder uma tutela inibitória antecipada que não guarda estrita relação com a inibitória final solicitada pelo autor, nada impede que este solicite uma tutela inibitória antecipada que, muito embora não seja exatamente uma antecipação da ordem que foi pedida como tutela final, seja adequada e suficiente para tutelar o direito que se teme ver violado. O objetivo da tutela inibitória é impedir que um ilícito seja praticado ou, caso iniciado, se perpetue.

Para fazer com que esse ilícito não seja praticado, recorre-se a multa, um meio de coerção eficaz. Machado (2006, p.194). “A multa, nesse caso, não tem natureza ressarcitória. É o uso da multa que abre oportunidade para a inibição do ilícito.” (MACHADO, 2006, p.194).

Sobre a multa Marinoni (2000, p.173) acrescenta, “no caso da tutela inibitória não se concebe confusão entre multa e a indenização. Se o réu não observa a ordem inibitória, praticando o ilícito temido, a multa é devida [...]”. A multa é aplicada no sentido de não cumprida à ordem inibitória.

Stonoga (2003, p.120) afirma que “a multa [...] é concebida como forma de pressão para que haja o cumprimento da tutela específica ou a busca pelo resultado prático equivalente”.

Sobre o instituto da multa Tessler (2002, p.84) discorre:

[...] constatando o magistrado a iminência da prática de um ilícito que represente um ameaça à higidez do meio ambiente, pode, ainda de ofício, emitir uma ordem de um fazer ou um não fazer ao poluidor, sob pena de multa, a fim de evitar a prática, a continuação ou a repetição do ato contrário ao direito. A tutela inibitória vale-se da técnica mandamental.

As decisões de eficácia mandamental, ao contrário da condenatória que apenas aconselha o cumprimento, emitem uma ordem, um mandamento ao demandado, são suficientes em si mesmas, não dependem da execução forçada para lhe garantir a eficácia.

Permite-se ao juiz não apenas recomendar ao demandado, mas o coagir a adotar a conduta adequada, vez que sua ordem é acrescida da ameaça de multa. Trata-se, na verdade, da utilização de um meio de coerção indireta, pois a ordem do juiz vem acompanhada de um ônus que o devedor deverá suportar caso não cumpra o fazer ou não fazer determinado pelo juiz.

Assim, a multa atua sob a vontade do demandado a fim de convencê-lo a realizar a prestação devida para que não sofra um prejuízo maior. A multa é, portanto, a garantia de eficácia do provimento do jurisdicional.

Nesta perspectiva, a multa para alcançar seu objetivo deve ser adequadamente mensurada e o parâmetro a ser utilizado consiste na análise da dimensão do eventual dano que emergiria da concretização do ato que se pretende inibir.

Como a finalidade da multa é a de coação e não a obtenção do valor em pecúnia, esta deve ser graduada de forma a efetivamente representar um pesado ônus ao demandado, para que não lhe seja compensatório pagar para obter o direito de poluir.

O valor da multa poderá ser aumentado ou diminuído se não atingir o seu fim, o poluidor não cumprindo a determinação, sua multa será gradativamente aumentada. (TESSLER 2002, p. 84).

No entendimento de Tessler (2002, p.85) a multa só “[...] atingirá seu fim inibitório quando cominada em valor proporcional à capacidade econômica do demandado [...]”.

Assegura Tessler (2002, p.85) que está previsto no parágrafo único do art. 645 do Código de Processo Civil: “o valor da multa poderá ser modificado pelo juiz da execução, verificando que se tornou insuficiente ou excessiva”. É de grande importância não confundir a multa diária, no sentido de coerção, com a multa indenizatória.

A multa diária “destina-se a pressionar o devedor a cumprir a obrigação de fazer e não fazer, enquanto que a indenização tem um caráter reparatório de danos causados”. (STONOGA 2003, p.120).

Sobre a diferença entre as multas Marinoni (2000, p. 173) declara: No caso da tutela inibitória não se concebe confusão entre a multa e a indenização. Se o réu não observa a ordem inibitória, praticando o ilícito temido, a multa é devida independentemente do eventual dano que tenha sido produzido e deverá ser reparado.

Da mesma forma que a tutela inibitória não se confunde com a tutela contra o dano, a multa nada tem a ver com a indenização relativa ao dano. Se não fosse assim, a tutela inibitória jamais teria alguma efetividade, pois o demandado, ainda que sem obedecer à ordem inibitória, responderia apenas pelo eventual dano que provocou, o que seria obviamente absurdo. Percebe-se, que “a multa, característica essencial da tutela inibitória, objetiva pressionar o réu a adimplir a ordem do juiz, visando à prevenção do ilícito mediante o impedimento de sua prática, de sua repetição [...]”. (MARINONI 2000, p.173-174).

Portanto, a “sua essência, tem natureza nitidamente coercitiva, porque se constitui em forma de pressão sobre a vontade do réu, destinada a convencê-lo a adimplir a ordem do juiz.” (MARINONI 2000, p.174).

Como enfatiza Machado (2006, p.198) “A tutela inibitória é uma tutela jurisdicional que visa efetivar direitos não patrimoniais, entre os quais se inclui o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”.

Nesse sentido assegura Marinoni (2000, p.86) com exemplo:

[...] é possível a inibição de um ato do próprio órgão licenciador, como pode acontecer, por exemplo, no caso em que a licença previa sem a exigência do estudo de impacto ambiental, tratando-se de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ao meio ambiente.

Nesta hipótese, em vista da ilegalidade já praticada, é possível requerer a tutela jurisdicional para impedir uma nova violação, que se daria com a concessão da licença subsequente.

Marinoni defende a adequação da tutela inibitória para a proteção do meio ambiente saudável: “para que não ocorra a degradação do meio ambiente é imprescindível a atuação preventiva e, assim também a tutela inibitória coletiva”. (MARINONI, 2000, p.79).

No mesmo sentido, ensina Machado (2006, p.198-199): Já no que se refere á tutela inibitória, diversas são as situações. As atividades que podem causar dano ao meio ambiente prescindem da licença administrativa.

A resolução 001/86 do CONAMA exemplifica algumas atividades capazes de causar degradação ambiental. Estas e outras atividades dependem de um ato da autoridade competente para desenvolverem-se. Este ato, como ato administrativo, caracteriza-se pela auto-executoriedade, coercibilidade e discricionariedade.

Para verificar se o sujeito de direito que polui com licença ambiental está agindo lícita ou ilicitamente o primeiro passo é averiguar se o procedimento de licenciamento foi legal; depois se a pessoa beneficiada, física ou jurídica, está cumprindo o que determina a licença; e por fim se pode ocorrer um fato grave para a saúde pública ou para o ambiente.

Em qualquer destes três casos, o indivíduo estará agindo ilicitamente ensejando a tutela inibitória. Segundo Machado (2006, p. 200), “outra hipótese de clara ilegalidade ensejadora da tutela inibitória é a dispensa da administração pública do Estudo de Impacto Ambiental [...] diante de uma obra ou atividade” com grande potencial degradador do meio ambiente.

O licenciador não se atrela ao Estudo de Impacto Ambiental, podendo adotar decisão em contrário ao que sugerir tal estudo. No entanto, essa decisão deverá ser fundamentada corretamente. Se a motivação adotada estiver em desacordo com a

lei, “que é a preservação ambiental, haverá um manifesto ilícito, que pode e deve ser atacado pela tutela inibitória”. (MACHADO, 2006, p.200-2001).

O meio ambiente deverá ser protegido preferencialmente através da tutela inibitória coletiva. Como demonstra Marinoni (2000, p.92): A estrutura da tutela coletiva está ligada à ideia de Democracia Participativa, que é resultado de uma visão crítica da Democracia Social a partir da necessidade de participação do cidadão na gestão do bem comum.

Se não há qualquer dúvida de que o povo precisa participar das decisões que envolvem o seu destino, para que esta participação possa frutificar é necessária a estruturação de instrumento de participação enquanto institutos jurídicos. A tutela coletiva é relevante instrumento de participação, já que o cidadão, em face das peculiaridades da sociedade de massa, não tem condições de reivindicar e participar isoladamente.

O ambientalista isolado encontra-se sempre em uma posição de desvantagem diante do empresário que polui em larga escala ou mesmo do Poder Público; somente organizando-se, e assim unindo as próprias forças, é que as vítimas de um dano (ou de um possível dano) ambiental poderão contrapor-se à potência de uma grande empresa ou à força da Administração Pública.

Faz-se necessária a participação do cidadão. “A participação na gestão ambiental através da tutela coletiva é justificada pelo próprio direito do cidadão ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.” Marinoni (2000, p.92).

No entendimento de Machado (2006, p.203) “[...] é necessário a tutela inibitória para efetivar o direito não patrimonial ao meio ambiente equilibrado na sua integralidade”.

Por conseguinte, sua inclusão no ordenamento gera “verdadeira inovação jurídica e desperta verdadeiras esperanças de se garantir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.” Machado (2006, p.203).

Instrui Machado (2006, p.205): [...] uma análise sistemática e teleológica do ordenamento jurídico, levando à conclusão de que a tutela inibitória representa um importante instrumento de defesa do meio ambiente e que existem fortes fundamentos para tal tutela.

É, todavia, a aplicação prática que vai confirmar ou não se a tutela inibitória é capaz de efetivar as normas materiais ambientais, uma vez que estamos no campo das ciências humanas. Todavia, a lógica jurídica aponta esta tutela como um meio bastante adequado para promover tal efetivação.

Acredita-se que tutela inibitória é uma tutela jurídica com grande capacidade de garantir a proteção do meio ambiente antes que o dano ocorra. A própria Constituição garante acesso à justiça diante de “ameaça a direito” (art. 5º, XXXV), perante esse motivo, “[...] exige-se a estruturação de uma tutela jurisdicional capaz de garantir de forma adequada e efetiva a inviolabilidade dos direitos não patrimoniais.” (MARINONI, 2000, p.252-253).

2.2. Instrumentos de tutela inibitória na Constituição Federal.

2.2.1. Ação Civil Pública

A ação civil pública proporciona à defesa de interesses coletivos lato sensu, a proteção do patrimônio público, meio ambiente, consumidores e da ordem econômica, como preceitua Machado (2007,p.376-377):

“Explicitamente visa proteger o meio ambiente, o consumidor e os bens e interesses de valor artístico, estético, histórico, paisagístico e turístico. Interesses difusos e coletivos, como os rotulou a Constituição Federal (art. 129, III).”

A proteção desses interesses e bens far-se-á através de três vias: cumprimento da obrigação de fazer, cumprimento da obrigação de não fazer e condenação em dinheiro.

Inova-se, por fim, essa ação civil no sentido de criar um fundo em que os recursos não advêm do Poder Executivo, mas das condenações judiciais, visando a recomposição dos bens e interesses lesados. Não se trata nessa ação de ressarcir as vítimas pessoais da agressão ambiental, mas de recuperar ou tentar recompor os bens e interesses no seu aspecto supraindividual.

Machado (2007, p.377), conceitua a ação civil pública:

[...] A ação civil pública é denominada “civil” porque tramita perante o juízo civil e não criminal. Acentua-se que no Brasil não existem tribunais administrativos. A ação é também chamada “pública” porque defende bens

que compõem o patrimônio social e público, assim como os interesses difusos e coletivos, como se vê do art. 129, III, da CF/88.

Sirvinskas (2005,p.382) entende que a ação civil pública “[...] tem natureza indivisível, não podendo ser compartilhadas individualmente entre seus titulares. Satisfeito o interesse de um, estará satisfeito o interesse do grupo [...]”. A ação satisfaz o interesse de toda coletividade. “São vários titulares de interesse idênticos ou semelhantes. [...] Os titulares estão ligados por uma situação de fato.”

Exemplo: moradores que consomem água de um determinado rio e nesse rio uma fábrica joga dejetos poluentes contaminando a água utilizada por eles.

No entender de Canotilho, Leite (2007, p.317-318):

[...] “a ação civil pública é um instrumento processual destinado à tutela dos interesses metaindividuais, dentre os quais o meio ambiente ecologicamente equilibrado.” Metaindividuais porque visa tutelar vários sujeitos na mesma ação, vítimas da degradação ambiental.

Para Milaré (2004, p.844) a ação civil pública tem por desígnio [...] “fazer atuar a função jurisdicional, visando a tutela de interesse vitais da comunidade”. A ação civil pública surgiu com a Lei 7.347, de 24/07/1985 e possui respaldo na Constituição Federal no art. 129, inc. III. “que significou um momento fundamental na defesa dos interesses difusos e coletivos em nosso ordenamento jurídico.” (GOMES, 1999, p.153).

Segundo Zavascki (2006, p.68) ação civil pública, além da Lei 7.347/85, encontra também fundamentação no art. 84 do Código de proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), no art.461 do Código Processual Civil, lhes são aplicado subsidiariamente (Lei 7.347/85, arts. 19 e 21).

Na concepção de Canotilho; Leite:

[...] as ações coletivas que objetivarem a salvaguarda do meio ambiente devem ser, primeiramente, orientadas pela Lei n. 7.347/85 e, subsidiariamente, pelos demais diplomas processuais. Ressalta-se ainda que, por imposição do art. 21 da Lei n. 7.347/85, também as regras 23 processuais contidas no Título III da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, devem ser aplicados, no que couber, à defesa dos interesses metaindividuais.

No entendimento de Milaré (2004, p.849) “a Lei 7.347/85 significou, sem dúvida, uma “revolução” na ordem jurídica brasileira, já que processo deixou de ser visto como mero instrumento de defesa de interesses individuais [...]”, passou a ser meio de defesa para os interesses coletivos, servindo efetivamente como mecanismo da participação da sociedade na tutela do meio ambiente.

Para defesa do meio ambiente pela sociedade, os sujeitos que poderão entrar com a ação civil pública estão previsto na Lei 7.347/85. As pessoas que tem legitimidade para propor ação civil pública estão legitimadas no art. 5º da Lei 7.347/85. “[...] poderão ser proposta pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. [...] por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação [...]” (MACHADO, 2007, p.378).

De acordo com o (art. 5º da Lei 7.347/85) as associações podem propor a ação civil desde que estejam constituídas há pelo menos um ano e incluam, entre suas finalidades institucionais, a proteção do meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico, estético, histórico e paisagístico, ou qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

A especial relevância do papel do Ministério Público à propositura da ação, no entanto, está implícita na Lei, ao estabelecer que “qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção” (art. 6º), bem como ao aduzir que os Juízes e Tribunais que, no exercício de suas funções “tiveram conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis” (7º); e, por fim, ao conceder também ao Ministério Público a faculdade de “instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a dez dias úteis” (art. 8º, parágrafo 1º).

Canotilho, Leite (2007, p.321) salienta “Havendo lesão ou ameaça de lesão ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, [...] que qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público [...]”.

O único legitimado que poderá instaurar inquérito civil como preparação para propor ação civil pública é o Ministério Público, como preconiza Canotilho, Leite (2007, p.323):

Apenas o Ministério Público, com exclusão dos demais legitimados, poderá instaurar inquérito civil como medida preparatória para eventual ajuizamento da ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente.

Trata-se de um procedimento pré-processual e inquisitorial, que tem como finalidade a colheita de provas capazes de formar a convicção do Promotor de Justiça e, assim evitar a propositura de uma ação temerária.

Sobre a legitimidade para instaurar inquérito civil como medida de preparação para um eventual ajuizamento da ação civil pública, Milaré (2004, p.853-854) escreve: O ministério Público, dentre os co-legitimados, teve reservada, pela Lei 7.347/85, posição de relevo na condução da ação civil pública: é o único autorizado a promover inquérito civil, com poderes de notificação e requisição, está sempre presente, quer como sujeito ativo da ação, quer como fiscal da lei, ou ainda, como assistente litisconsorcial, com ampla autonomia em relação à parte principal.

E mais: como advogado da sociedade, é órgão destinado por lei para receber representações de outras pessoas, de outras entidades não legitimadas e, em especial, igualmente de pessoas físicas.

A ele serão remetidas peças que os juízes e Tribunais, no exercício de suas funções, entenderem reveladoras de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil pública. Não fica vinculado aos objetos de ninguém, podendo recusar e arquivar, mediante controles internos da própria instituição, as representações que lhe foram encaminhadas, assim como de opor à ação proposta por terceiros.

Em caso de abandono ou desistência da ação por qualquer legitimado, pode assumir a titularidade, e nele prosseguir, afim de que não fique relegada à própria sorte. Da mesma forma, encerrada a fase do conhecimento e decorridos sessenta dias do transito em julgado da sentença condenatória, sem que a entidade autora tenha pedido a execução deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados.

O inquérito é peça dispensável desde que existam elementos de convicção para propor ou não a ação civil pública no entendimento de Fiorillo (2006, p.375):

(...) assim como no inquérito policial, o civil é peça dispensável, de forma que, existindo elementos, o Ministério Público poderá de imediato ajuizar ação civil ou arquivar as peças de informação, conforme a formação de sua convicção’.

Para tutelar o meio ambiente através da ação civil pública o rito competente é estabelecido pela Lei da Ação civil Pública no art. 2º, caput: “As ações previstas nesta Lei serão proposta no foro do local onde ocorrer dano, cujo Juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.” Gomes (1999, p.276).

Nos ensinamentos de Marchesan (2007, p.201) a competência para propor ação civil é “[...] no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa”. A competência é absoluta porque não pode se prorrogar e não admite escolha de foro.

Explica-se a competência absoluta para um melhor acesso a justiça pelos sujeitos que sofreram a poluição, degradação, para o juízo ter melhor conhecimento do fato e pra facilitar a coleta de prova pericial e testemunhal. Marchesan (2007, p.201).

Segundo ensinamento de Mukai (2005, p.105), através da ação civil pública o Direito brasileiro representado pelo Ministério Público e pessoas jurídicas estatais ou não, podem responsabilizar o poluidor/degradador ambiental.

2.2.2. Ação Popular

Ação popular é a ação pela qual qualquer cidadão pode pleitear a invalidação de atos praticados pelo poder público ou entidades de que participe, lesivos ao patrimônio público e ao meio ambiente. Nesse sentido a Constituição Federal da República declara:

Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, á moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais o do ônus da sucumbência. O cidadão ao mover a ação popular atua em nome próprio como defensor de direito que não lhe

pertence diretamente, mas sim de toda coletividade. Isto porque o direito a uma administração honesta, a um meio ambiente conservado e equilibrado, a conservação do patrimônio histórico e cultural são direitos que incumbem a toda sociedade e não a uma única pessoa. (WEDY 2007, p.44).

A Lei 4.717/65 regulamenta a ação popular, o seu art. 1º autoriza o autor popular a agir em defesa da coletividade. “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios [...]”.

A ação popular tutela interesses transindividuais, pois o patrimônio histórico, cultural e o meio ambiente são direitos difusos, sem titular determinado. No mesmo sentido estão os casos em que se almeja a anulação de atos lesivos ao patrimônio das pessoas de direito público e de entidades em que o estado participe. Salienta Zavascki (2006, p. 87):

Não há dúvida, portanto, que a ação popular, ao zelar pela higidez e boa administração do patrimônio pertencente às pessoas de direito público e às entidades direta ou indiretamente controladas pelo Estado, está defendendo não apenas interesses particulares dessas pessoas, mas, sobretudo, os interesses superiores da própria coletividade a que servem. Eis aí plasmada, portanto, a transindividualidade dos interesses tutelados.

No entendimento de Zavascki (2006, p.88) a ação popular é “o instrumento precursor e pioneiro de defesa jurisdicional de interesses difusos da sociedade, mediante a legitimação ativa dos cidadãos [...]”. (MACHADO, 2007, p.370) escreve que a legitimação ativa para propor ação popular é do cidadão “Esta ação judicial pode ser intentada por qualquer cidadão. Dessa forma, é condição da ação a prova de que o autor está no gozo de seus direitos políticos, isto é, que é eleitor”. Outras condições para se propor a ação popular além da referida, é a presença da ilegalidade e o ato lesivo ao meio ambiente. Mukai (2005, p.110).

Para Fiorillo (2006, p.384) “É pressuposto para a propositura da ação popular ambiental ato lesivo ao meio ambiente”. Esse ato lesivo pode ser tanto comissivo como omissivo. Os atos lesivos estão previstos no art. 2º, 3º e 4º da Lei 4.717/65.

Ensina-nos Fiorillo (2006, p.384) que para propositura da ação popular ambiental deve haver um ato lesivo ao meio ambiente:

Analisaremos primeiramente o conteúdo da palavra ato. A ação popular não tem por escopo único a só fiscalização da conduta dos atos da Administração. Isso porque, ao colocar o meio ambiente como um dos seus objetos, transfere ao Poder Público o dever de preservá-lo e protegê-lo, por conta do disposto no art. 225, caput, da Constituição Federal.

A palavra ato deve, pois, ter um conteúdo mais elástico, abarcando tanto o ato comissivo como o omissivo, porquanto é imposto ao Poder Público o dever constitucional de prevenção e proteção do meio ambiente.

A finalidade da ação popular trazida pelo art. 5º, LXXIII, da Constituição é anular o ato lesivo, portanto, desconstituir o já praticado. No entanto, se for o ato material propriamente dito, v. g., se uma empresa sem licença para funcionar desrespeitar a norma e poluir o ambiente, a pretensão da ação popular será extirpar a ato que está sendo praticado, de modo a prescrever a abstenção da prática.

Segundo preconiza Zavascki (2006, p.88) “[...] a ação popular tem por objeto específico o de anular ato lesivo a um dos seguintes bens jurídicos (a) ao patrimônio público, (b) à moralidade administrativa, (c) ao meio ambiente [...]”, por conseguinte “todo e qualquer ato que produza efeitos lesivos, ou possa produzi-los, pode ser considerado lesivo nos termos da Lei da Ação Popular merecendo, portanto, tutela jurisdicional”.

Wedy (2007, p.50). Para a ação popular ser julgada procedente satisfaz à prova do potencial do ato lesivo, não é necessária a ocorrência da lesão definitiva aos bens jurídicos tutelados.

Pode-se considerar ato lesivo, não apenas o que já produziu efeitos danosos, mas o que tem o potencial de vir a produzi-los. Segundo Zavascki (2006, p. 97):

A ação popular promovida após a ocorrência do ato mas antes da consumação dos seus efeitos tem, quanto a nulidade do ato, natureza repressiva, e, quanto aos seus efeitos, natureza preventiva: invalidando o ato, impede-se a consumação da lesão .

Podem ocorrer situações em que o ato com potencialidade danosa, ainda não tenha ocorrido, a sua execução está sujeita a vários atos sucessivos e que nem todos estão concluídos.

Nesse sentido Zavascki (2006, p. 97) cita exemplo: Pode ocorrer situação em que o próprio ato, com potencialidade lesiva, não foi ainda praticado, ou que, sujeita a sua execução à formação de um conjunto de atos sucessivos, nem todos estejam ainda concluídos.

Exemplo: licitação pública, viciada por ilegalidade, em vias de ter seu resultado homologado. Sendo iminente a prática do ato lesivo, ou a sua conclusão, seria cabível o ajuizamento preventivo de ação popular?

Poder-se-ia ampliar o objeto da ação, expresso no texto constitucional (= anular ato lesivo), para nele fazer compreender também a pretensão de ver sustada a prática de atos da espécie? A resposta é positiva. O âmbito da ação popular deve ser composto a partir de uma visão finalística e não estritamente literal: ao conferir ao cidadão legitimidade para anular atos lesivos ao patrimônio público.

À moralidade, ao meio ambiente e a bens históricos e culturais, o fez com a finalidade de preservar aqueles valores e bens. Ora, o modo mais eficiente de preservar é prevenir. Em certos casos, aliás, a prevenção é a única forma de preservação. Um monumento histórico, quando destruído, não comporta reparação in natura, o que significa dizer que, para sua efetiva tutela, as medidas preventivas são indispensáveis. O mesmo ocorre com o meio ambiente, cujas normas de proteção (v.g., Lei 6.938/81, que regula a Política Nacional do Meio Ambiente, art. 2º, VIII e IX; e at. 4º, VI e VII) realçam a sua necessária dependência ao princípio da prevenção (“como forma de antecipar-se ao processo de degradação ambiental”).

A ação popular ambiental é necessária para evitar a ocorrência de danos causados ao meio ambiente, que na maioria das vezes são irreversíveis como salienta Capeto (2008, p.88) “[...] a ação popular ambiental tem como maior preocupação, a prevenção dos danos ambientais, mesmo quando cria sanções para as transgressões ao direito positivo ambiental”. A ação popular é ajuizada aonde o dano tenha ocorrido ou venha a ocorrer independente de onde o ato lesivo teve sua origem.

Neste sentido escreve Fiorillo (2006, p. 384): [...] a natureza jurídica do bem tutelado é que define o rito procedimental a ser utilizado. Dessa forma, tratando-se de meio ambiente, as regras de fixação de competência serão orientadas pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código do Consumidor, de maneira que será competente

para julgamento da ação popular o juízo do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, independente de onde o ato teve sua origem.

No entendimento de Junior; Filho (2007, p.46) “a competência para o julgamento é do local onde ocorreu o dano. A questão deve ser disciplinada pelo art. 2º da Lei da Ação Civil Pública, [...]”. Todo cidadão deverá cuidar do meio ambiente, pois é patrimônio de toda coletividade e um meio eficaz para esse propósito, é através da ação popular como nos ensina Junior; Filho (2007, p.52) “a ação popular é, sobretudo, o exercício da cidadania, constituindo-se um direito, mas, também, um dever que tem o cidadão de zelar pelo patrimônio da comunidade”.

A ação popular se define como um elemento bastante eficaz para que o cidadão cumpra seu papel cívico na fiscalização do desempenho quanto à defesa e aproveitamento dos bens públicos. A população deve ficar atenta às divulgações dos atos da administração pública como um todo, para que possa detectar qualquer ilicitude ou ilegitimidades que venham deteriorar o patrimônio público. (REIS, 2007, p.306).

2.3. Mandado de segurança coletivo ambiental

Mandado de segurança tem como finalidade proteger direito líquido e certo, que não é protegido por Habeas Corpus, impetra-se quando alguém por abuso de poder ou por ato ilegal encontra-se ameaçado ou na eminência de sofrer por parte de autoridade, independente da função exercida pelo ameaçador.

O mandado de segurança encontra-se regulamentado na Lei 1.533/51.

Para Oliveira (2007, p.144) o mandado de segurança é:

(...) remédio jurídico processual para proteger direito líquido e certo – não amparado por habeas corpus – ameaçado ou lesado por ilegalidade ou abuso de poder de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Encontra-se previsto na Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, nos Direitos e Garantias Fundamentais espelhado pelo art. 5º.

Normalmente o mandado de segurança é classificado como repressivo ou preventivo. Repressivo também chamado de corretivo, usado quando o ato ilícito já tenha ocorrido é aplicado no sentido de corrigir esse ato ilícito.

O mandado de segurança preventivo é para impedir que o ato ilícito seja praticado (ameaça de ilícito) como nos ensina Canotilho; Leite (2007, p.356): Esse remédio constitucional, normalmente, é classificado como repressivo ou preventivo.

O primeiro se dá com o propósito de corrigir ilegalidade cometida por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

O mandado de segurança preventivo serve ao propósito de evitar uma ameaça a direito líquido e certo do impetrante. O mandado de segurança é um instituto com o propósito de proteger direito individual e coletivo, líquido e certo, que não possa ser amparado por habeas corpus, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade.

Nesse sentido a Constituição Federal de 1988 no seu art. 5º, inciso LXIX preceitua “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo [...] quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública [...]”. Há duas espécies de mandado de segurança: o individual e o mandado coletivo, a diferença entre eles reside na legitimidade ativa e pelos possíveis beneficiários da segurança, no segundo caso, é uma coletividade nesse sentido, assevera Zavascki (2006, p.205-206):

Temos assim consagradas duas espécies de mandado de segurança: o individual (inciso LXIX), já integrado à tradição do nosso constitucionalismo desde a Carta de 1934 (art. 133, n. 33) e reproduzido por todas as demais, exceto pela de 1937; e o mandado de segurança coletivo (inciso LXX), até então inédito em nosso direito e sem similar no direito comparado.

Aparentemente, a única grande diferença entre um e outro, sob o aspecto de sua disciplina constitucional, reside na legitimidade ativa, que o mandado individual é pelo regime tradicional da representação, em estrita observância do princípio consagrado no art. 6º do CPC (“ninguém pode pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo autorizado por lei”), e que no mandado de segurança coletivo é pelo regime de substituição processual (= o impetrante está legitimado a tutelar, em nome próprio, direito de terceiro). [...].

Conferiu-se ao mandado de segurança a excepcional virtualidade de ensejar proteção coletiva de direitos. Assim, o mandado de segurança coletivo é um

mandado de segurança, mas é também uma ação coletiva, e isso faz uma enorme diferença.

O mandado de segurança coletivo tem sua legitimação prevista no art. 5º, inciso LXX, da Constituição Federal de 1988, que estabelece que o mandado pode ser impetrado por: “a) por partido político com representação no Congresso Nacional; e b) organização sindical, entidade de classe ou associações legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano [...]”.

Os partidos políticos, organizações sindicais, entidades de classe ou associações podem ajuizar o mandado de segurança coletivo para defesa, não de direitos próprios, essenciais a essas entidades, mas de direito líquido e certo de seus membros ou associados.

No que se refere a partidos políticos (Constituição Feral, art. 5º. , LXX, a) a constituição não impõem limites quanto à natureza dos direitos tuteláveis pelos partidos. Assim, numa interpretação mais abarcante, não podem ser excluídos os direitos transindividuais dessa tutela. Como preconiza Zavascki (2006, p. 209-210):

É de se reconhecer, todavia, que, pelo menos no que diz respeito aos partidos políticos (CF, art. 5.º, LXX, a), o texto constitucional não estabelece limites quanto à natureza dos direitos tuteláveis por conta da legitimação que lhes foi conferida.

Assim, numa interpretação compreensiva e abrangente, não se pode considerar excluída dessa tutela os direitos transindividuais, desde que, obviamente, se tratem de direitos líquidos e certos e que estejam presentes os pressupostos de legitimação, adiante referidos, nomeadamente o que diz respeito ao indispensável elo de pertinência entre o direito tutelado e os fins institucionais do partido político impetrante.

É de se considerar adequado, sob esse aspecto, que um partido político, cuja bandeira seja a proteção do meio ambiente natural, impetre mandado de segurança contra ato de autoridade lesivo ao equilíbrio ecológico. Tem-se aí, sem dúvida, hipótese de mandado de segurança para tutelar direito transindividual, sem titular certo, pertencente a todos, como assegura o art. 225 da CF.

Fica evidente que o mandado de segurança coletivo “[...] em certas circunstâncias, a legitimação prevista no art. 5º, LXX, da Constituição abarca

também a proteção de direitos coletivos.” Zavascki (2006, p. 210). O mandado de segurança coletivo por abranger a proteção de direitos coletivos e, consequentemente direitos transindividuais e difusos poderá ser empregado na defesa do meio ambiente, contra atos administrativos que gere dano ambiental.

Nesse sentido assevera Milaré (2004, p.905): “[...] não serve apenas à tutela dos interesses coletivos; serve também à tutela daquela categoria de interesses posicionados em relação à qualidade de vida, a que se dá o nome de difusos, e dentre os quais o meio ambiente [...]”.

O mandado de segurança coletivo é utilizado nos interesses relacionados à qualidade de vida e interesses do meio ambiente. “A proteção do meio ambiente deverá ser entendida como direito “líquido e certo”, como na hipótese de ato administrativo que gere dano ambiental”. (CANOTILHO; LEITE 2007, p.358).

Portanto, o mandado de segurança coletivo é meio de correção de ato ou omissão de autoridade, desde que ilegal e ofensivo de direito individual ou coletivo líquido e certo.

CAPÍTULO III. NEOCONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: FUNDAMENTOS DE JUSTIFICAÇÃO DA TUTELA INIBITÓRIA

O constitucionalismo moderno é o movimento social, jurídico e político que visa limitar o poder dos governantes e garantir os direitos fundamentais aos cidadãos.

Canotilho (2002, p.380) define o constitucionalismo como “[...] a ideologia que ergue o princípio do governo limitado, indispensável à garantia dos direitos, em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade.”

Surgido a partir do século XVIII com o fito de enfrentar o absolutismo monárquico, deságua na ocorrência das Revoluções Francesa, Inglesa e Americana, culminando na produção de um documento escrito colocado como norma suprema do Estado nacional, limitador do poder estatal, estruturador do Estado e garantidor dos direitos dos indivíduos.

Bernardes e Ferreira (2015, p. 57) indicam para a origem contratualista do constitucionalismo moderno:

Locke, Montesquieu e Rosseau são apontados como os principais precursores do constitucionalismo moderno, exatamente porque, nas ideias contratualistas que difundiram, encontravam-se teorias sobre o Estado com base na vontade popular, de forma dissociada das explicações teológicas que até então serviam de fundamento à titularidade do poder estatal.

Dessa forma, o constitucionalismo moderno eclodiu em uma circunstância histórica de ruptura com o modelo político-social do antigo regime, que era enraizado em premissas teológicas e no dever de submissão. Assim, a modernidade resgatou o racionalismo e o humanismo, consubstanciado no antropocentrismo.

Contudo, no decorrer do século XIX e início do século XX houve pouco desenvolvimento do conteúdo das constituições, revelando-se apenas como um documento rígido de objetivos políticos, Luís Roberto Barroso (2007, p.5).

Mas é a partir de 1945, após a violência perpetrada entre os povos, que despontou-se a necessidade de fixação de princípios abstratos universais com o fito de tutelar a dignidade da humanidade e de seus indivíduos.

Por derradeiro, uma vez constatada a incapacidade do constitucionalismo tradicional para impedir o surgimento de regimes totalitários e violentos, emergiu o ideal do neoconstitucionalismo, que tem como escopo assegurar a efetivação de direitos a todos os cidadãos, principalmente os mais vulneráveis socialmente.

Estes direitos reconhecidamente de todos os indivíduos são denominados direitos fundamentais, identificados como os direitos inerentes a todo ser humano, como dignidade, igualdade e liberdade, Silva (1998, p.183).

Na concepção de Schmitt (1996, p. 105):

[...] os direitos fundamentais em sentido próprio são, essencialmente direitos ao homem individual, livre e, por certo, direito que ele tem frente ao Estado, decorrendo o caráter absoluto da pretensão, cujo exercício não depende de previsão em legislação infraconstitucional, cercando-se o direito de diversas garantias com força constitucional, objetivando-se sua imutabilidade jurídica e política.

Importante frisar que, a despeito de gozarem de posição de destaque no neoconstitucionalismo, os direitos fundamentais foram conquistados à custa de revoluções e guerras, sempre norteadas pelo ímpeto de reduzir o grau de ingerência do Estado na vida social e individual.

Por seu turno, essencial à emergência e consolidação dos direitos fundamentais está o fenômeno da constitucionalização, que Canotilho (2002, p.377) conceitua como “a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu conhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário”.

3.1. Neoconstitucionalismo no Brasil

Com o processo de redemocratização e a promulgação da Constituição Federal de 1988, concretizou-se no Brasil a tendência mundial de redesenho constitucional decorrente do pós Segunda Guerra Mundial.

Sedimentou-se, portanto, a ideologia do constitucionalismo democrático, consistente na convicção liberal de soberania popular e limitação do poder pelo Direito.

De acordo com Barroso (2015, p. 29), os alicerces desse novo constitucionalismo são a superação do formalismo jurídico, o surgimento do pós-positivismo, a ascendência do direito público e a consequente centralidade da Constituição.

Barroso (2015, p. 27) preceitua que a principal característica do neoconstitucionalismo é a superação da vocação normativa meramente estabilizadora das relações sociais para a sedimentação de uma função promocional de avanços sociais.

Para Barroso (2015, p. 28), tal função assenta-se no efeito expansivo conferido às normas constitucionais, que passam a pautar a interpretação de todo o arcabouço jurídico infraconstitucional, condicionando sua validade ao designo dos princípios constitucionais estabelecidos.

Assim, a Constituição erige-se como parâmetro de interpretação de todos os demais ramos do Direito.

A superação do formalismo decorre do reconhecimento da inaptidão do império normativo para a efetivação da justiça e da incapacidade de a norma antever e dar resposta a todas as hipóteses fáticas possíveis, inviabilizando a simples subsunção da norma como fórmula de solução de litígios.

Quanto ao pós-positivismo, é consequência do reconhecimento dessa inaptidão da mera subsunção da norma ao caso concreto como método de resolução de controvérsias e revela-se pela reaproximação do Direito a moral e a outros ramos das ciências humanas como ferramenta de valoração, interpretação e aplicação da norma jurídica.

Por fim, com a ascendência do direito público, erige-se a centralidade da Constituição. A tendência de publicização do Direito por meio da edição de normas de ordem pública, que visam regular relações anteriormente consideradas como tipicamente individuais, como contratos e propriedade, deve-se ao crescente pluralismo e complexidade sociais, Barroso (2015, p.30).

Assim, os direitos de terceira geração consagrados nas Constituições pós Segunda Guerra Mundial, representados pela solidariedade e fraternidade, voltados a tutelar a coletividade, se sobrepõem aos interesses individuais na busca da garantia da isonomia material entre os cidadãos.

Dessa forma, toda a hermenêutica do sistema jurídico passa a se dar em decorrência dos princípios e regras constitucionalmente postos, seja de forma direta, quando a fundamentação da pretensão decorre de artigo constitucional, ou de forma indireta, por meio da compatibilização das normas infraconstitucionais com a Constituição, Barroso (2015, p.30).

Tal vocação deste neoconstitucionalismo programático, evidenciado na abrangência da Constituição Federal de 1988 e em sua função promocional de avanços sociais, impulsionou a ascensão do Poder Judiciário como poder político autônomo e independente incumbido da preservação das instituições democráticas e assegurador dos direitos fundamentais, Barroso (2015, p. 28).

Necessário pontuar que a abrangência de nossa Carta Magna, que inclusive tutela interesses contrapostos, se deve ao reconhecimento da complexidade da sociedade contemporânea, evidenciada no pluralismo cultural, étnico, religioso e moral, que demonstram a fragmentação e heterogeneidade de nossos tempos.

Dessa forma, não é mais suficiente a garantia de direitos apenas à maioria, mas sim o impulsionamento de condições que viabilizem a convivência harmônica entre a diversidade, instaurando-se um regime de tolerância e de possibilidade de exercício das várias convicções existentes, de modo não excludente.

Em decorrência desse fenômeno do pluralismo e complexidade sociais é que emerge o papel do Poder Judiciário, aferível pela vertiginosa judicialização das relações sociais e o aumento do subjetivismo judicial na busca de dirimir as controvérsias postas sob sua apreciação.

Por conseguinte, Barroso (2015, p. 31) sustenta que se mostra menos identificável a fronteira entre legislação e jurisdição, entre política e direito, na medida em que a solução dos litígios não se encontra mais engessada no texto normativo, tendo sido transferida ao juízo valorativo do Juiz, resultante da interação do valor almejado pelas Leis e das circunstâncias específicas do caso concreto.

Nesse ponto, insta ressaltar que esse juízo valorativo não é totalmente discricionário, devendo ser balizado pela lógica jurídica que tem os seus parâmetros fixados na Lei, na jurisprudência e nas peculiaridades fáticas, consubstanciando-se em verdadeira construção argumentativa que tem como fundamento o sistema jurídico vigente.

Vale mencionar que dentro de um sistema jurídico existem fundamentos legais que podem conduzir a entendimentos divergentes. Barroso (2015, p. 33) explana acerca da hermenêutica praticada pelo juiz contemporâneo:

O fato inafastável é que a interpretação jurídica, nos dias atuais, reserva para o juiz papel muito mais proativo, que inclui a atribuição de sentido a princípios abstratos e conceitos jurídicos indeterminados, bem como a realização de ponderações. Para além de uma função puramente técnica de conhecimento, o intérprete judicial integra o ordenamento jurídico com suas próprias valorações, sempre acompanhadas do dever de justificação. Discricionariedade judicial, portanto, traduz o reconhecimento de que o juiz não é apenas a boca da lei, um mero exegeta que realiza operações formais. Existe dimensão subjetiva na sua atuação. Não a subjetividade da vontade política própria — que fique bem claro —, mas a que inequivocamente decorre da compreensão dos institutos jurídicos, da captação do sentimento social e do espírito de sua época.

Em arremate, a despeito de haver possibilidade legítima de se chegar a diferentes entendimentos jurídicos para um mesmo caso concreto, cabe ao Juiz o escopo de se alinhar a solução constitucionalmente adequada, preservando a integridade da decisão, a segurança jurídica e a dignidade da pessoa humana.

Portanto, nessa toada, é totalmente legítima a proposição de um mecanismo processual que possibilite a submissão de demanda com o intuito de impedir que ocorra um dano ambiental à apreciação do Poder Judiciário.

A manutenção do meio ambiente equilibrado é um valor constitucionalmente resguardado e faticamente essencial a manutenção da sadia qualidade de vida, de forma que a inércia e/ou ineficácia do Poder Executivo em protegê-lo deve ser suprida por esse instrumento processual inibitório a ser manejado pela própria sociedade civil.

Cabe ao Poder Judiciário se sensibilizar com o anseio legítimo da sociedade por minimização de ocorrência de danos ambientais e com a discrepância de forças desta sociedade com o poder econômico que sobrepõe a aferição de lucro ao dever de preservação da natureza.

Desde já rechaçasse qualquer argumentação no sentido de abarrotamento do judiciário e primazia de tentativa conciliatória entre os sujeitos da demanda inibitória aqui encampada, a complexidade do meio ambiente e sua essencialidade para a vida humana justificam a judicialização de tais circunstâncias.

Dessa forma, mesmo que não haja uma tutela tipicamente inibitória no ordenamento processual, há embasamento legal para que esta seja manejada, apreciada e aceita como mecanismo legítimo de prevenção da prática de atos que desencadearão o dano ambiental.

Nesse diapasão, emerge a necessidade de tomada de consciência dos cidadãos para se apropriarem de tal possibilidade processual e exercerem seu dever de responsabilidade ambiental e social, uma vez que a comunidade tem maiores condições de acompanhar as tentativas de prática de dano e atuar de forma célere.

3.2. Democracia Participativa

A etimologia da palavra democracia nos revela seu conceito, originária do grego significa demo=povo e kratía=governo. É a forma de governo em que a soberania é exercida pelo povo.

O ideal democrático moderno tornou-se uma realidade no ocidente no século XIX. Na América Latina sua sedimentação se deu no pós-segunda guerra, Boaventura de Sousa Santos e Leonardo Avritzer (2002, p. 39). O modelo dessa democracia adotado na maior parte dos países, inclusive o Brasil, foi o da representatividade, por meio de procedimento eleitoral para a formação de um governo.

Esse modelo de democracia-liberal-representativa praticado no Brasil é uma reprodução do modelo vigente nos países do hemisfério norte.

A construção de tal modelo se deu em meio a oposição de duas concepções de mundo, a liberal e a marxista. Assim, o conceito de democracia decorre de três questões fundamentais, a relação entre procedimento e forma, o papel da burocracia na vida democrática e a inevitabilidade da representação nos países com alta demografia, Santos e Avritzer (2002, p. 44).

Santos e Avritzer (2002, p. 44-46) apontam que Kelsen, Schumpeter e Bobbio desenvolveram a argumentação que embasou o entendimento dominante procedimentalista de que a democracia se consubstancia em espécie de arranjo institucional para se chegar a decisões administrativas e políticas que representem a

vontade da maioria, dissociando a preconizada relação de valores da sociedade com a soberania defendida pela doutrina marxista.

Para a corrente marxista, mais relevante que a forma institucional, a democracia tem um conteúdo substancial identificador que revela a constituição e valores daquela sociedade. Fazendo uma crítica à democracia representativa praticada no modelo capitalista, sustenta que apenas revela-se como uma forma de legitimação da dominação de classe sobre classe revestida de processo eleitoral.

Ou seja, prevalece a ideia de que o fator que identifica a democracia são as regras do processo eleitoral para escolha dos representantes e do processo de tomada de decisões pelos Poderes Legislativo e Executivo, suplantando a possibilidade de existência de conteúdo axiológico próprio à democracia.

O segundo ponto é a questão acerca da indispensabilidade da burocracia como fator de controle do processo de tomada de decisões políticas e econômicas. Weber e Bobbio discorrem sobre o tema e encontram na complexidade e quantidade das funções do Estado moderno, incrementadas pela instituição do Estado de bem-estar social, o fundamento para a necessidade de burocracia, Santos e Avritzer (2002, p. 46-48).

Assim, ante a complexidade das funções exercidas pelo Estado, pregam a necessidade de haver especialistas com conhecimento técnico para desempenhar tais funções, visualizando a burocracia como método de controle das funções do Estado e desses técnicos.

Por fim, há a questão concernente ao dogma de que a representação é a única alternativa para as democracias de grande escala, Santos e Avritzer (2002, p. 48). Por sua vez, a representação tem como fundamento a autorização social para que ela ocorra.

Essa autorização decorre do consenso da sociedade, por meio da eleição, em delegar a função de atuação política e a suposta aptidão desse consenso em expressar todas as correntes ideológicas dessa comunidade.

Contudo, mesmo que haja representantes das correntes minoritárias, o mecanismo de tomada de decisão por maioria já dificulta a eventual possibilidade da minoria se fazer ouvida, Santos e Avritzer (2002, p. 50).

Alicerçado nesses cânones que se encontra a fundamentação teórica do modelo de democracia representativa praticada no ocidente.

Da identificação da motivação e objetivos dessa construção teórica, bem como da aferição fática da incapacidade da democracia representativa de propor soluções que atendam a todos os grupos sociais, sempre em detrimento dos mais vulneráveis, que emerge o conceito de participação como alternativa para efetivação dos interesses das minorias.

Barroso (2015, p. 36-37) discorre sobre a superação do conceito de democracia como mera expressão da vontade das majorias, apontando para a ocorrência da transcendência do conteúdo procedimental para uma conceituação substancial:

Um desses valores fundamentais é o direito de cada indivíduo a igual respeito e consideração, isto é, a ser tratado com a mesma dignidade dos demais — o que inclui ter os seus interesses e opiniões levados em conta. A democracia, portanto, para além da dimensão procedimental de ser o governo da maioria, possui igualmente uma dimensão substantiva, que inclui igualdade, liberdade e justiça. É isso que a transforma, verdadeiramente, em um projeto coletivo de autogoverno, em que ninguém é deliberadamente deixado para trás. Mais do que o direito de participação igualitária, democracia significa que os vencidos no processo político, assim como os segmentos minoritários em geral, não estão desamparados e entregues à própria sorte. Justamente ao contrário, conservam a sua condição de membros igualmente dignos da comunidade política.

Por outro prisma, há, também, a possibilidade da organização articulada das minorias, vislumbrando-se o papel essencial dos movimentos sociais. Entende-se por movimento social a representação organizada de determinado segmento da sociedade em dado momento histórico, que se mobiliza com o fito de promover seus ideais por meio de ação concreta, MAURO e PERICÁS (2001).

Conforme Alonso (2009, p. 57), “Os movimentos sociais seriam, então, uma forma histórica de expressão de reivindicações, que não existiu sempre, nem em toda a parte.”.

Houve uma dicotomia da doutrina sociológica sobre o caráter racional dos movimentos sociais, prevalecendo a premissa da proeminência da racionalidade decorrente da possibilidade de compreensão da organização social a partir da análise do contexto holístico, Malfatti.

Fixado o pressuposto da regência da racionalidade na organização social, Neil Smelser (*apud* Malfatti) entende que o surgimento dos movimentos sociais decorre de alterações de arranjos sociais não assimiladas por essa sociedade, brotando a necessidade de mobilização social com o escopo de concretizar as mudanças.

Para Touraine (*apud* Malfatti) os atores conscientes que integram os movimentos sociais despontam da tomada de consciência da possibilidade de atuação direcionada a intervir na substância dos valores da organização social.

Sustenta que na visão individualista, aos indivíduos cabia o exercício de um papel institucional engessado e pré-determinado. Em contrapartida, a ascensão dos movimentos sociais deve-se ao fato de o homem visualizar sua capacidade de promover valores.

É a construção de uma identidade decorrente da percepção da universalidade e natureza do sujeito. Parte do anseio de aprimoramento moral dos cidadãos e da sociedade.

Especificamente concernente ao movimento ambientalista, seu surgimento se deu de modo pulverizado e em reação a diferentes circunstâncias. Contudo, há um mote identificador do ambientalismo. Castells (2000, p. 143) preceitua:

[...] como todas as formas de comportamento coletivo, que tanto em seus discursos como em sua prática, visam corrigir formas destrutivas de relacionamento entre o homem e seu ambiente natural, contrariando a lógica estrutural e institucional atualmente predominante.

O movimento ambientalista, portanto, assenta-se no consenso da necessidade de organização de grupos para monitorar a ação humana nas diversas dimensões do meio ambiente. Dada a notória imprescindibilidade de preservação do meio ambiente, o movimento tornou-se consistente e transcendeu à esfera internacional, tendo sua maior representatividade pela ONG's.

Em um primeiro momento a concepção ambientalista radical, focada no biocentrismo, preceitua que o meio ambiente detinha uma dimensão autônoma de direitos. Havia total restrição para a extração de bens naturais para a realização das atividades artificiais, impossibilitando a manutenção da produção das necessidades básicas do ser humano.

Assim, identificada a inerência da dinâmica recíproca de influências entre os componentes do meio ambiente, inclusive humanos, brotou uma concepção moderada que pauta a interferência humana na natureza pela sustentabilidade. É admitida a extração de bens naturais, mas essa deve se dar de forma consciente, reduzida e minimizando os efeitos deletérios.

Ademais, não se pode perder de vista que a democracia moderna desenvolveu-se concomitantemente com o capitalismo de forma que houve um profundo entranhamento do poder econômico na esfera política, tanto no processo de eleição do governo como na tomada de decisões e produção legislativa, com vistas a assegurar que os ideais liberais fossem viabilizados.

Por derradeiro, a sociedade presencia a contaminação da política pelos interesses econômicos e identifica a falácia democrática de soberania do povo, descredibilizando o modelo representativo que não garante a igualdade de representação das diversas correntes ideológicas presentes na sociedade.

É nesse contexto que o paradigma da democracia passa por uma ressignificação e a sociedade civil inicia um processo de organização, encampando suas demandas por meio dos movimentos sociais e visualizando a democracia como exercício social e não mera constituição de governos, Santos e Avritzer (2002, p. 52).

A tendência de participação emerge como um complemento ao modelo representativo, não sendo excludentes. Portanto, a democracia participativa, ou semidireta, tem como berço a democracia representativa, se apropriando dos mecanismos de atuação efetiva da comunidade na tomada de decisões do governo para desempenhar um papel mais proativo, Avritzer (1993).

Lambertucci discorre sobre o tema (2009, p. 71):

A participação social [...] amplia e fortalece a democracia, contribui para a cultura da paz, do diálogo e da coesão social e é a espinha dorsal do desenvolvimento social, da equidade e da justiça. Acreditamos que a democracia participativa revela-se um excelente método para enfrentar e resolver problemas fundamentais da sociedade brasileira

Portanto, totalmente pertinente a ascensão da democracia participativa como fundamento do manejo do instrumento processual defendido nesse estudo.

Com a tomada de consciência da sociedade de seu papel de responsabilidade sobre as decisões políticas e sociais, faz-se necessário a previsão de um remédio jurídico apto a possibilitar a tutela do meio ambiente na exata medida de suas peculiaridades.

A tutela inibitória, portanto, é o meio de ação de que dispõe a sociedade para prevenir a ocorrência do dano ambiental quando os representantes e função fiscalizatória se mostram ineficientes, seja pela morosidade como pela contaminação de seus princípios pelo poder econômico.

O meio ambiente não pode estar adstrito ao bel prazer das forças econômicas e exige uma conduta ativa da sociedade para resguardar sua integridade e diversidade, vislumbrando-se a tutela inibitório como o mecanismo mais eficaz para tal mister.

CONCLUSÃO

As tutelas existentes para proteger o meio ambiente não são satisfatórias ou suficientes, pois só tutelam depois do dano ocorrido, logo, a ação inibitória se mostra uma alternativa que promete mais eficácia. Ela visa a proteção ambiental anterior a ocorrência da degradação ao meio ambiente. Devido aos princípios da prevenção e precaução, essa ação inibitória ganha relevo por permitir o afastamento do dano, fazendo com que esse não ocorra.

Verificou-se que as tutelas processuais de defesa do meio ambiente tem seu foco na atuação apenas posterior a ocorrência do dano, uma vez que fundadas nas ideias do direito civil clássico, tendo como propósito a compensação e sancionamento do lesador do meio ambiente.

Atualmente, o Direito Ambiental tem como centro de suas preocupações muito mais a prevenção do dano ao meio ambiente do que sua reparação. Tanto assim, que os princípios da prevenção nada mais revelam do que a concepção preventiva do dano ambiental. Vale lembrar que o princípio da participação legitima o cidadão a propor ação inibitória na defesa do meio ambiente. esclarecer

Assim, faz-se necessária a tutela inibitória. Em termos de instrumento processual, fundamenta-se no art. 84 do Código do Consumidor. Esse artigo permite que o juiz ordene fazer ou não fazer sob pena de multa. Percebe-se que a ação inibitória pode ser usada para impedir a prática (p. ex., construção de obra em local proibido) ou a continuação de um ilícito (p. ex., a poluição de um rio). Encontra-se também prevista no art. 11 da Lei de Ação Civil Pública, podendo ser aplicada em conjunto com o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor e, no que for relevante, com o art. 497 do Novo Código de Processo Civil (art. 461 do CPC/73).

Observa-se, em termos de proteção ambiental, a necessidade da concepção de uma tutela preventiva, consubstanciada na tutela inibitória. Essa tutela de prevenção deve ser privilegiada em relação à sancionatória e à reparatória. O direito ambiental tem como finalidade proteger a vida, em todas as suas formas (animal, vegetal e humana) com fito de garantir o equilíbrio do meio ambiente.

O objetivo desse ramo do direito é proporcionar aos seres humanos uma sadia qualidade de vida e bem-estar, somente alcançado com equilíbrio do meio

ambiente. Esse bem-estar depende que cada um faça sua parte (dê sua contribuição para manter o meio ambiente saudável) para proteger o meio ambiente.

Portanto, o desenvolvimento ecológico e social deve conciliar-se com o crescimento econômico, de forma harmônica e sustentável. Dessa forma, todos devem orientar-se pelo respeito à capacidade do meio ambiente e pelo uso racional do patrimônio natural, no sentido de evitar a destruição irresponsável dos recursos matérias.

A Constituição Federal de 1988 reconheceu o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito de todos e impõe sua preservação, pela sociedade e pelo poder Público, para as gerações presentes e futuras. O meio ambiente é um bem de uso comum do povo. Para efetivar o direito fundamental do homem ao meio ambiente equilibrado, deve-se agir antecipadamente, sendo um meio a ação inibitória.

Inclusive, o próprio constituinte deu as diretrizes para se definir a natureza jurídica do bem ambiental. Ao falar que é um bem de uso comum do povo, não produziu simples coincidência com o art. 98 do CC. Pelo contrário, a intenção do legislador, ao repetir a expressão do art. 98 do CC, foi a de que tal bem teria regime jurídico de bem público e como tal deveria ser tratado. Trata-se de bem do povo e, portanto, possui regime jurídico típico.

Reputados tais princípios e características, vislumbra-se, sobremaneira, a necessidade de atuação preventiva ao ilícito ambiental com vistas à efetivação do escopo ambiental constitucionalmente posto. Desse modo, associado com os argumentos suscitados acerca do mecanismo processual da ação inibitória, que carece de reconhecimento pacífico pelos operadores do direito, reside o fundamento teórico desse estudo.

Por fim, indispensável frisar a importância da sedimentação da técnica inibitória em face do modelo de tutela comumente adotado e sua eficácia, predominantemente de cunho reparatório, seja em sua dimensão específica quanto na ressarcitória.

Quando factível a reparação específica, deve ser considerado que o bem ambiental é essencialmente infungível, dada sua interelementariedade, e, por

consequente, insuficiente essa espécie de atuação em virtude do imensurável valor genético de cada espécie viva.

Em relação à dimensão ressarcitória, não é exaustivo asseverar, que é exíguo converter o dano ambiental em pecúnia, não obstante a dificuldade de quantificação, preponderantemente em razão de sua escassez e imprescindibilidade para manutenção das atividades artificiais e, principalmente, à própria existência humana.

Tendo em vista a ausência de aptidão da tutela reparatória para promover os valores constitucionais concernentes ao meio ambiente, pois firmada na ideologia liberal-individualista, acentuada pela, outrora tão almejada, autonomia científica do processo em relação ao direito material, tese encampada pelo processo civil clássico, evidencia-se a magnitude do presente debate com vistas a proporcionar a contextualização da problemática da preservação do meio ambiente e dos instrumentos jurídicos hábeis a sua efetivação.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. Teoria do Princípio: da definição dos Princípios jurídicos. São Paulo: ed. Malheiros Ltda, 2006.
- ALENCAR, Romar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. A legitimação do autor da Ação popular. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 31, RePro 132, fev. 2006.
- ALONSO, Angela. “As teorias dos movimentos sociais: um balanço do debate”. Lua Nova, São Paulo, 2009. 76: 49-86.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 9º ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: ed. Lumem Juris, 2006.
- AVRITZER, Leonardo. Além da dicotomia Estado-mercado: Habermas, Coehn e Arato. Novos Estudos Cebrap, São Paulo, no 36, p. 213-222, 1993.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Transformações do Direito Constitucional Contemporâneo. Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado (RERE), nº9, Salvador, 2007.
- _____. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 23-50.
- BERNARDES, Juliano Tavares e FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Direito Constitucional, Tomo I. 5 ed. Bahia: JusPodivm, 2015.
- BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. In: Vade Mecum RT. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009 BRASIL, Lei 7. 347, de 24 de julho de 1985. Institui a Legislação. In: Vade Mecum RT. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5. ed. São Paulo: Editora Livraria Almedina, 2002.
- _____. (org.); LEITE, Rubens Morato (org.). Direito constitucional ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CAPETO, Elson de Araújo. Da ação popular ambiental. Revista dos Tribunais, São Paulo, Revista de Direito Constitucional e Internacional, 65, ano 16, dez. 2008.
- CASTELLS, Manuel. O “verdejar” do ser: o movimento ambientalista; In: o poder da identidade. São Paulo: Paz e Terra, 200º, pp. 141-168.
- DERANI, Cristiane. Direito Ambiental e Econômico. São Paulo: ed. Max Limonad, 1997.
- DIEGUES, A. C. S. O Mito moderno da natureza intocada. São Paulo, Ed. Hucitec, 2004. 382 p.

FERREIRA, Heline Sivini (org.); LEITE, José Rubens Morato (org.). Estado de Direito Ambiental: aspectos constitucionais e diagnósticos. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 5.ed. ampl. São Paulo : Saraiva, 2004.

_____. Curso de direito ambiental brasileiro. 7.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

FONSECA, Sérgio de Mattos. Movimento ambientalista e desenvolvimento sustentável, um breve histórico. www.race.nuca.ie.ufrj.br/eco/trabalhos/comu2/6.doc

GOMES, Sebastião Valdir. Direito ambiental brasileiro. Porto Alegre: ed. Síntese, 1999.

JUNIOR, Luiz Manoel Gomes. Aspectos relevantes da ação popular ambiental: diferenças em relação à ação popular disciplinada pela Lei 4.717/65. Revista dos Tribunais, São Paulo, RePro 144, ano 32.

LAMBERTUCCI, Antonio Roberto. A participação social no governo Lula. In: AVRITZER, Leonardo (org.). Experiências nacionais de participação social. São Paulo: Cortez, 2009. (Coleção Democracia Participativa).

LEITE, José Rubens Morato. Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. 15. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: ed. Malheiros Editores, 2007.

MACHADO, Vendramini, Sylvia Maria. Uma reconstrução da relação homem/ meio ambiente visando à sadia qualidade de vida. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, 42, ano 11, abr.-jun. 2006.

MALFATTI, Selvino Antonio. Os Movimentos Sociais em Alain Touraine. Em http://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art13_rev6.pdf. Acesso em 13 de abril de 2016.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. Direito Ambiental. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória Individual e coletiva. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAURO, Gilmar e PERICÁS, Luiz B. Capitalismo e Luta Política no Brasil na virada do milênio, ed. Xamã, SP:2001.

MICHELS, Ruanda Schlickmann. Instrumentos administrativos de prevenção ao dano ambiental. Revista de direito ambiental, São Paulo, 45, ano 12, jan.-mar. 2007.

MILARÉ, Édís. Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco. 5. ed. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007,

MUKAI, Toshio. Direito ambiental sistematizado. 5. ed. Rio de Janeiro: ed. forense Universitária, 2005.

OLIVEIRA, William Figueiredo de. Dano moral ambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RODRIGUES, Fabrício Gaspar. Direito positivo: comentários à legislação, doutrina e mais de 20 questões. Rio de Janeiro: ed. Elsevier, 2008.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de Direito Ambiental. 2. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005.

REIS, Maria Elisa Perrone dos. Ação popular. Aspectos gerais e algumas questões processuais. Revista dos Tribunais, São Paulo, RePro 150, ano 32, ago. 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.) e AVRITZER, Leonardo. Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa. Introdução: para ampliar o cânone democrático. Civilização brasileira: Rio de Janeiro, 2002, p. 39-78.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SIRVINSKAS, Luis Paulo. Manual de direito ambiental. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

SCHIMITT, Carl. Teoría de la constitución. Madri: Alianza Editorial, 1996.

STONOGA, Andreza Cristina. Tutela inibitória ambiental: a preservação do ilícito. Curitiba: Juruá, 2003.

TESSLER, Luciane Gonçalves. O princípio do poluidor pagador como parâmetro para a mensuração da multa coercitiva na prestação da tutela inibitória ambiental. Genesis: Revista de Direito Processual Civil, Curitiba: Genesis, 23, ano VII, janmar. 2002.

WEDY, Gabriel. Ação Popular. Revista dos Tribunais, São Paulo, RePro 154, ano 32, dez. 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.